Der Uebergang des Wahlrechts auf dritte Personen beim Wahlschuldverhältnis.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Friedrich Engel,
Referendar.

Breslau 1910.
Druck von Th. Schatzky G. m. b. H., Neue Graupenstrasse 5.

Der Uebergang des Wahlrechts auf dritte Personen beim Wahlschuldverhältnis.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau

ACAD.
LEGIBVS
BIBL

vorgelegt von

Friedrich Engel,
Referendar.

Breslau 1910.
Druck von Th. Schatzky G. m. b. H., Neue Graupenstrasse 5.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Correferent: Geh. Justizrat Professor Dr. Leonhard.
Dekan: Professor Dr. Schott.

Dem Andenken
meines verstorbenen Vaters
und meiner Mutter
in Liebe und Verehrung.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 11

I. Teil.

§ 2. Das Wahlrecht ist ein subjektives Recht 12

II. Teil.

Der Uebergang des Wahlrechts auf dritte Personen.

§ 3. A. Begrenzung des Stoffes 14

B. Die eigentliche Abhandlung.

§ 4. I. Das Wahlrecht ist vertragsmässig an eine Person gebunden 15

II. Das Wahlrecht ist unpersönlich 16

1. Der Uebergang des Wahlrechts unter Wechsel der Subjekte der Forderung.

§ 5. a) Der Uebergang des Wahlrechts auf die Universalsuccessoren 16

b) Der Uebergang des Wahlrechts auf die Singularsuccessoren.

§ 6. aa) Der Uebergang des Wahlrechts auf den Schuldübernehmer 22

§ 7. bb) Der Uebergang auf den Zessionar 23

§ 8. cc) Der Uebergang auf andere Singularsuccessoren 30

§ 9. dd) Der Uebergang auf einen zweiten Universal- wie Singularsuccessor, insbesondere den Erbschaftskäufer 31

2. Der Uebergang des Wahlrechts ohne Wechsel der Subjekte der Forderung.

a) Der Dritte tritt zu der Forderung in eine rechtliche Beziehung.

§ 10. aa) Der Uebergang des Wahlrechts auf den Erfüllungsübernehmer 32

§ 11. bb) Der Uebergang auf den Bürgen 34

§ 12. cc) Der Uebergang auf den Niessbraucher . . 52

§ 13. dd) Der Uebergang auf den Pfandgläubiger . . 59

§ 14. ee) Der Uebergang auf den Pfändungspfandgläubiger 62

§ 15. b) Der Uebergang des blossen Wahlrechts ohne die Forderung an und für sich 66

§ 16. Schluss 69

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 11

I. Teil.

§ 2. Das Wahrrecht ist ein subjektives Recht 12

II. Teil.

Der Übergang des Wahrrechts auf dritte Personen

§ 3. A. Begründung des Satzes 14

B. Die eigentliche Abhandlung.

§ 4. I. Das Wahrrecht ist vermögensfähig an eine Person gebunden 15

II. Das Wahrrecht ist unpersönlich 16

1. Der Übergang des Wahrrechts unter Wechsel der Subjekte der Forderung.

§ 5. a) Der Übergang des Wahrrechts auf die Universalsuccessoren 16

b) Der Übergang des Wahrrechts auf die Singularsuccessoren.

§ 6. aa) Der Übergang des Wahrrechts auf den Schuldübernehmer 22

§ 7 bb) Der Übergang auf den Zessionar 23

§ 8 cc) Der Übergang auf andere Singularsuccessoren 30

§ 9. dd) Der Übergang auf einen gewissen Universalsuccessor, insbesondere den Erbschaftskäufer 31

2. Der Übergang des Wahrrechts ohne Wechsel der Subjekte der Forderung.

a) Der Dritte tritt zu der Forderung in eine rechtliche Beziehung.

§ 10. aa) Der Übergang des Wahrrechts auf den Erfüllungsübernehmer 32

§ 11. bb) Der Übergang auf den Bürgen 34

§ 12. cc) Der Übergang auf den Pfandgläubiger . . . 52

§ 13 dd) Der Übergang auf den Faustpfandgläubiger . . 59

§ 14. ee) Der Übergang auf den Pfändungspfandgläubiger 62

§ 15. b) Der Übergang des blossen Wahrrechts ohne die Forderung an und für sich 66

§ 16. Schluss 69

Literaturverzeichnis.

Adickes: Zur Lehre von den Bedingungen. Berlin 1876.

Bernstein: Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften. Berlin 1878.

— Die alternative Obligation im römischen und im modernen Recht. In d. Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. II, S. 393 ff. Stuttgart 1880.

Biermann: Das Sachenrecht des BGB. Berlin 1898.

Braun: Erörterungen über die bestrittensten Materien des Römischen Rechts, in Zusätzen zu Thibauts Pandektensystem. 7. Aufl. Stuttgart 1831.

Canetta: Zur Lehre von den sog. alternativen Obligationen. Inaug.-Diss. Erlangen 1898.

Chamizer: Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld nach Deutschem Bürgerlichen Recht. Leipzig 1902.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Jena 1903.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1900.

Cuiacius: Opera 1822.

Dechamps: Die obligatorischen Wahlschuldverhältnisse. Inaug.-Diss. Freiburg i. B. 1901.

Demelius: Die Ausübung des Wahlrechts in obligatorischen Verhältnissen in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess. N. F. Bd. 17, S. 19 ff.

Demolombe: Cours de Code Napoléon. Bd. 26. Paris 1870.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht. Halle 1906.

— Pandekten. Berlin 1903.

— Lehrbuch des Pr. Privatrechts. Halle 1894.

Donellus: Commentarii de iure civili. Frankfurt 1595.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1905.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Marburg 1908.

Fitting: Die Natur der Korrealobligation. Erlangen 1859.

Fuchs: Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen und zur Grundbuchordnung (Grundbuchrecht). Berlin 1902.

Gaupp-Stein: Die CPO. für das Deutsche Reich. Tübingen 1908.

Girtanner: Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht. Jena 1850.

Greiffenhagen: Die alternative Obligation des Römischen Rechts. Diss. Reval 1856.

Hanausek: Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch nach gemeinem Recht. Erlangen 1879.

Hasenbalg: Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870.

Hellwig: Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach gemeinem Recht und der Reichszivilprozessordnung. Leipzig 1883.

v. Holzschuher: Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts. 3. Bd. Leipzig 1859.

Ihering: Iherings Jahrb. Bd. 1, S. 31 ff.

Kaden: Die Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners, nach dem BGB. Inaug.-Diss. Leipzig 1909.

Kiesel: Die Ausübung des Wahlrechts bei alternativen Obligationen. Inaug.-Diss. Göttingen 1897.

Koch: Recht der Forderungen. Breslau 1836. Bd. I.

Kremer: Die Mitbürgschaft. Inaug.-Diss. Strassburg i. E. 1902.

Lazarus: Die rechtliche Natur des Pfandrechts an Forderungen. Inaug.-Diss. Berlin 1889.

Leo: Die Wahl bei der Alternativobligation nach Römischem und gemeinem Recht und nach dem BGB. Inaug.-Diss. Göttingen 1897.

Franz Leonhard: Die Wahlschuld im BGB., in Iherings Jahrbüchern f. d. Dogm. Bd. 41. S. 1 ff. 1903.

Litten: Die Wahlschuld im deutschen Bürgerl. Recht. Berlin 1903.

Mansbach: Der Niessbrauch an Forderungen. Marburg 1880.

Marcus: Die Wahlschuld des Bürgerlichen Gesetzbuches. Inaug.-Diss. Breslau 1899.

Matthias: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.

Mühlenbruch: Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte. Greifswald 1836.

Müller: Wahlschuld und alternative Ermächtigung des Schuldners nach gemeinem Recht und BGB. Inaug.-Diss. Rostock 1902.

Müller-Meikel: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. München.

Nanne: Die Disjunktivobligation. Inaug.-Diss. Heidelberg 1880.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1906.

Pescatore: Die sog. alternative Obligation. Marburg 1880.

— Die Wahlschuldverhältnisse, in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess des Deutschen Reichs. Bd. 13, 1.

Petersen-Anger: Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. Lahr 1906.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin 1900, 1906 und 1908.

Pringsheim: Das Recht des Bürgen zu Bestimmung und Wahl, in Gruchots Beiträgen. Bd. 53, S. 13. Berlin 1903.

Regelsberger: Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers, in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 16, S. 159 ff.

Rhode: Zur Lehre vom usus fructus nominis. Inaug.-Diss. Greifswald 1876.
Roh: Das sog. ius variandi. Inaug.-Diss. Greifswald 1894.
Ruhstrat: Pfändungspfandrecht an Forderungen, in der Zeitschrift f. dtsch. Zivilprozess. Bd. 14, S. 451. Berlin 1890.
Ryck: Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutsche Recht. Berlin 1889.
v. Savigny: Das Obligationsrecht. Bd. I. Berlin 1851.
Schenke: Die Alternativobligation nach römischem, gemeinem und neuem bürgerlichen Recht. Inaug.-Diss. Greifswald 1900.
Schmid: Grundlagen der Zession. Braunschweig 1866.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Schweppe: Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. Göttingen 1831.
Seuffert: Komm. zur ZPO. München 1904.
Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. Leipzig 1847.
— Handbuch des gemeinen Pfandrechts. 1836.
Stammler: Der Niessbrauch an Forderungen. Erlangen 1880.
Staudinger-Kober: Kommentar zum BGB. München und Berlin 1910 und 1908.
Struckmann-Koch: Die ZPO. für das Deutsche Reich. Berlin 1900.
Thibaut: System des Pandektenrechts. Jena 1834.
Unger: System des Oesterreichischen allgemeinen Privatrechts. Leipzig 1892.
Unterholzner: Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Leipzig 1840. Bd. II.
v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. Marburg und Leipzig 1869
Wagner: Die Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners und die Obligation mit facultas alternativa des Schuldners nach gemeinem und bürgerlichen Recht. Inang.-Diss. Greifswald 1903.
Weigelin: Pfändungspfandrecht an Forderungen. Inaug.-Dissert. Tübingen 1899.
Westerkamp: Bürgschaft und Schuldbeitritt. Berlin 1908.
Wilmowski-Levy: Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1895.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1900.
Zielonacki: Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach Römischem Rechte. 1849.

Von **Bernstein, Pescatore** und **Sintenis** sind nur die an zweiter Stelle im Literaturverzeichnis aufgeführten Bücher im Text genau mit Titel zitiert.

§ 1.

Gemäss § 241 BGB. liegt das Wesen eines Schuldverhältnisses darin, dass die eine Person, der Gläubiger, berechtigt ist, von einer anderen Person, dem Schuldner, eine Leistung zu fordern. In der Regel wird wohl die Leistung, zu der der Schuldner verpflichtet ist, fest bestimmt sein. Jedoch verträgt es sich vollkommen mit dem Wesen der Obligation, dass die Leistung in gewisser Beziehung unbestimmt ist, wenn nur ein objektiver Massstab für sie gegeben ist, d. h. wenn sie wenigstens bestimmbar ist. Ein Hauptbeispiel einer solchen sog. „unbestimmten Obligation" bildet die Alternativ- oder — wie Savigny[1]) und Nanne[2]) sagen — „Disjunktivobligation".

Den Begriff der Alternativobligation definieren die Motive[3]) folgendermassen: „Eine Alternativobligation ist dasjenige Schuldverhältnis, welches auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet ist, dass nur die eine oder die andere erfolgen soll, die sämtlichen Leistungen aber von Anfang an bis zu der Entscheidung, welche derselben wirklich zu bewirken ist, in obligatione sind." Damit haben sich die Motive auf den Standpunkt der sog. resolutiven Pendenztheorie gestellt,[4]) die schon im römischen Recht die

---

[1]) Savigny I, S. 390.

[2]) Nanne, S. 2.

[3]) Mot. II, S. 6.

[4]) Dieser Name stammt von Bernstein (S. 4); Ryck (S. 129), nennt sie Perfektionstheorie (s. Dernburg, Pand. II, S. 79, in ähnlicher Weise auch Windscheid, § 255, N. 5). Ihr gegenüber steht die suspensive Pendenztheorie, nach der zuerst kein Gegenstand in obligatione ist und erst die Wahl entscheidet, welcher geschuldet wird (Fitting, S. 138 ff., Bernstein, S. 92). Andere Theorien sind

herrschende war[1]) und auch im BGB. sanktioniert ist.[2]) Wie schon aus dem obigen ersichtlich ist, sind die Ansichten über wichtige Fragen betreffs des Wahlschuldverhältnisses zu allen Zeiten weit auseinander gegangen, und auch heute noch werden viele in der Literatur lebhaft behandelt. Andere sich aus dem Wahlschuldverhältnis ergebende Fragen sind hingegen von der Literatur stark vernachlässigt worden und darum auch heute noch wenig geklärt. Hierhin gehört auch unser Thema: „Kann das beim Wahlschuldverhältnis dem einen oder dem anderen Teile zustehende Wahlrecht auf eine andere Person übergehen?" Diese Frage eingehend zu untersuchen, ist der Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

---

§ 2.

Den eigentlichen Ausführungen vorausgehen muss eine Erörterung der Frage, ob es denn überhaupt ein „Wahlrecht" gibt.

Diese Frage ist von vielen in negativem Sinne beantwortet worden. Insbesondere haben Pescatore[3]) und Roh[4]) — in der 1. u. 2. Aufl. seines Lehrbuchs auch

---

die Bedingungstheorie, nach der die Wahlschuld bedingt ist (Adikes, S. 30), die Theorie Pescatores (S. 126), der mit dem Begriff einer „abstrakten Bestimmtheit" operiert.

[1]) Bernstein hat behauptet, dass Celsus, Marcellus und Ulpian Anhänger der resolutiven, Julian, Papinian und Paulus der suspensiven Pendenztheorie gewesen seien. Die Gründe, die dagegen sprechen, s. Dechamps, S. 22, Anm. 3.

[2]) Auch dieses ist bestritten worden (s. Enneccerus I, S. 417, und F. Leonhard, S. 63). Ueber die Fehler dieser Ansicht und die Verkennung des Wortes „allein" s. Chamizer, S. 1 ff.; Planck, § 262, Anm. 1; Crome II, § 153, Anm. 6; Endemann I, § 118, Anm. 3, 6 u. 7; Marcus, S. 7; Regelsberger, S. 159 ff. S. auch Litten, S. 72, der resolutive Pendenz bei Gläubigerwahlrecht, suspensive bei Schuldnerwahlrecht annimmt.

[3]) Pescatore, S. 151 u. 237.

[4]) Roh, S. 19.

Enneccerus[1]) — das Vorhandensein eines sog. Wahlrechts entschieden abgeleugnet. Für die alternative Obligation mit Wahlrecht des Schuldners begründet Pescatore[2]) seine Meinung folgendermassen:

„Die Wahl macht nicht das Wesen der Verpflichtung mit alternativ bestimmtem Inhalte aus, sie ist nur eine mögliche, aber keineswegs notwendige Konsequenz aus demselben". — „Welche Bedeutung hat die Möglichkeit der Wahl für die Obligation mit alternativ bestimmtem Inhalte? M. E. gar keine."[3])

Pescatore schliesst dies daraus, dass anfängliche wie nachträgliche Unmöglichkeit einer der beiden Leistungen die Alternativobligation auf die noch vorhandene konzentriere. Zum Schluss kommt er zu dem Resultat:[4])

„Das, was die herrschende Lehre als Wahlrecht bezeichnet hat, ist nichts, als die für den Schuldner, der sich alternativ verpflichten wollte, zwar regelmässig, aber keineswegs notwendig vorhandene Möglichkeit, seiner Verpflichtung zu diesem oder jenem ebensowohl durch diese wie durch jene Leistung zu genügen." Oder wie Roh sagt, die Wahl des Schuldners habe dieselbe Bedeutung wie das Recht, „in gestreifter oder karierter Hose anzutreten".

Diese Ausführungen halte ich aber für keineswegs einwandsfrei. Dass die Wahl, wenn eine Leistung unmöglich ist oder wird, in vielen Fällen ihre Bedeutung verliert, das ist gewiss richtig. Nur übersieht Pescatore m. E. dabei, dass, wenn von vornherein die Unmöglichkeit einer der Leistungen feststand, überhaupt nie eine Wahlschuld zustande gekommen ist, respektive dass aus der Wahlschuld sofort eine bestimmte Obligation wird, sobald sich die Unmöglichkeit einer der Leistungen zeigt.

---

[1]) Enneccerus, 3. Aufl., § 242, Anm. 5.
[2]) Pescatore, S. 151, 152.
[3]) S. 158.
[4]) S. 156.

Ferner ist auch die Wahl m. E. nie etwas, was rechtlich irrelevent wäre. Die Wahl ist vielmehr eine Verfügung, die eine Veränderung der Obligation herbeiführt, da vorher beide Leistungen in obligatione waren, jetzt die gewählte als von Anfang an geschuldet gilt. (§ 263 Abs. 2 BGB.) Die Befugnis aber, eine solche Verfügung vornehmen zu können, nennt man ein subjektives Recht, und deshalb ist auch das Wahlrecht ein wahres Recht. Was für das Wahlrecht des Schuldners gilt, gilt in gleichem Masse für das Wahlrecht des Gläubigers, das keine „Einschränkung der ihm an sich zustehenden Befugnisse",[1]) sondern sehr wohl ein neues, ihm ausdrücklich zuerkanntes subjektives Recht ist. Zu seiner Ansicht mag Pescatore vielleicht auch dadurch verleitet worden sein, dass die Digesten nur von electio, der Code civil nur von le choix sprechen. Diese sprachliche Eigentümlichkeit ist aber kein Grund, das Vorhandensein eines Wahlrechts einfach zu verneinen, vielmehr spricht, wie oben gezeigt, das BGB. ganz korrekt von einem Wahlrecht. Ich folge hier nur der Ansicht der überwiegenden Mehrzahl aller Schriftsteller (s. Litten,[2]) Leo,[3]) Enneccerus[4]) u. A.).

§ 3.

Bevor ich mich jetzt an die Untersuchung der Frage, ob das dem einen oder dem anderen Teile zustehende Wahlrecht auf eine andere Person übergehen kann, mache, muss mein Stoff noch in gewisser Beziehung begrenzt werden.

Ausscheiden will ich nämlich zunächst den Fall, dass der wahlberechtigte Teil seine Wahl einem anderen überlässt, denn von einem Uebergange des Wahlrechts

---

[1]) Pescatore, S. 237.
[2]) Litten, S. 124 ff.
[3]) Leo, S. 9.
[4]) Enneccerus I, § 242, 1 u. 2.

kann hier schlechterdings nicht gesprochen werden, vielmehr handelt der Dritte nur als Stellvertreter des wahlberechtigten Teiles. Das eigentliche Wahlrecht ist bei diesem verblieben, was m. E. am besten daraus erhellt, dass, wenn der Dritte nicht wählt, der Wahlberechtigte selbst wählen kann, was ihn natürlich nicht hindert, sich an den Dritten zu halten (etwa, worauf Schollmeyer[1]) aufmerksam macht, von ihm eine vereinbarte Konventionalstrafe zu verlangen). Dieser meiner Auffassung steht es auch durchaus nicht im Wege, dass, wenn der Dritte wählt, die Wahl für den ursprünglich Wahlberechtigten bindend ist. Das ergibt sich vielmehr aus der Rechtsnatur der Vertretung (§ 164 Abs. 1 BGB.).

Ausser acht gelassen werden soll ferner auch der Fall, dass die Parteien die Vornahme des ursprünglich einem Vertragsteile eingeräumten Wahlrechts unter Abänderung des Vertrages einem Dritten überlassen, denn auch hier findet kein Uebergang des Wahlrechts statt.

Ausscheiden will ich endlich auch den Fall, dass der Dritte, der die Wahl vornehmen soll, dem Wahlberechtigten nur die „Qual der Wahl"[2]) abnehmen soll. In diesem Falle, der m. E. praktisch sehr wohl denkbar ist und deshalb nicht nur als Kuriosität erwähnt werden muss, wie Litten[3]) sagt, ist der Dritte nicht einmal Wahlbevollmächtigter, sondern nur Ratgeber. Von einem Uebergange des Wahlrechts ist also m. E. noch viel weniger die Rede.

§ 4.

Wenden wir uns jetzt zu unserem Thema selbst, so ist das zunächst sofort zu ersehen, dass das Wahlrecht dann an die Person gebunden ist und auf keine andere übergehen kann, wenn es nur dieser bestimmten Person

---

[1]) Schollmeyer, S. 62.
[2]) Schollmeyer, S. 63.
[3]) Litten, S. 140.

zugestanden ist, sei es, dass dies ausdrücklich ausbedungen worden ist, oder dass es sich stillschweigend aus dem Parteiwillen folgern lässt oder endlich aus dem Inhalte des Wahlrechts hervorgeht. Für die Uebertragung durch Rechtsgeschäft ergibt sich das noch besonders aus den §§ 413 und 399 BGB., während im übrigen schon die Vertragsvereinbarung einen Uebergang hindert.

Dieser Fall wird jedoch verhältnismässig selten vorkommen. Von ihm wollen wir im folgenden absehen und uns auf die Fälle beschränken, in denen von einer solchen Parteivereinbarung nicht die Rede ist, das Wahlrecht also unpersönlich ist.

§ 5.

Und zwar wollen wir im Verlaufe unserer weiteren Erörterungen so vorgehen, dass wir zunächst alle die Fälle untersuchen, in denen der Uebergang des Wahlrechts zugleich mit einem Wechsel der Subjekte der Forderung verbunden sein würde, und im zweiten Teile alle die Fälle, bei denen ein Wechsel der Subjekte nicht stattfinden würde.

Fassen wir also jetzt die erste Kategorie ins Auge, so werden wir zuerst die Frage aufwerfen, ob denn auf den Universalsukzessor, den Erben, das Wahlrecht übergeht.

Soviel ist ohne weiteres klar und auch nie Gegenstand irgend welcher Kontroverse gewesen, dass eine alternative Forderung wie jede andere Forderung auf die Erben übergeht.

Man hat es auch ferner nie in Zweifel gezogen, dass das Wahlrecht des Schuldners selbst schon in ältester Zeit den Erben zugestanden hat.

Dagegen ist es lebhaft bestritten worden, ob auch die Erben des Gläubigers das Wahlrecht ihres Erblassers im römischen Recht gehabt haben.

Schon aus allgemeinen Gründen, aus der Natur der Sache heraus wird m. E. kein unbefangener Beurteiler

Zweifel hegen, auch den Erben des Gläubigers das Recht zu wählen zuzugestehen. Als Universalsukzessoren treten die Erben eben vollkommen an die Stelle des Erblassers, in universum ius defuncti. Die Obligationen gehen auf sie mit allen Vorrechten und allen Belastungen über, und es ist schlechterdings kein Grund einzusehen, warum gerade das Wahlrecht, das dem Gläubiger wie alle anderen Rechte eingeräumt ist, nicht auf seine Erben übergehen soll. Dass gerade das Wahlrecht des Gläubigers etwas von der Person des Berechtigten so Untrennbares sein soll, dass es nicht einmal den Erben zukommen darf, ist wohl kaum anzunehmen. Doch nicht etwa, weil es für gewöhnlich der Schuldner hat und eine ausdrückliche Bestimmung getroffen sein muss, damit es dem Gläubiger zustehe![1])

Ich möchte auch meinen, dass die Digesten diesen Grundsatz, dass das Wahlrecht des Gläubigers auf die Erben übergeht, klarer und deutlicher gar nicht ausdrücken können, als sie es in der l. 76 D. 45, 1 tun:

Si stipulatus fuerim, „illud aut illud, quod ego voluero", haec electio est personalis, et ideo servo vel filio talis electio cohaeret: in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore.

Dem Gläubiger ist also durch die Worte „quod ego voluero" das Wahlrecht zugesprochen worden, und doch scheut sich Paulus nicht, den Erben dieses Wahlrecht zuzugestehen.

Und wem die angeführte Stelle nicht genügt, den verweise ich auf l. 75 § 3 D. 30:

„Si quis ita stipulatus: Stichum sut decem, utrum ego velim, legaverit, quod ei debebatur: tenebitur heres eius ut praestet legatario actionem electionem habituro, utrum Stichum aut decem persequi malit."

Hier muss also der Erbe das gleiche Wahlrecht wie der Erblasser gehabt haben, damit er es auf den Legater übertragen konnte.

---

[1]) L. 75 § 8 u. l. 138 § 1 D. 45, 1.

Und doch hat trotz dieser von mir angeführten Beweise Donellus[1]) den Uebergang des Gläubigerwahlrechts auf den Erben bestritten, indem er sich gleichfalls auf die l. 76 D. 45, 1 stützt und sich an die Worte: electio est personalis anklammert. Donellus sagt:

„Dicemus ante electionem eo mortuo hanc non transire ad heredes ea ratione scilicet, quia haec electio sit personalis.

Den letzten Satz der l. 76 erklärt er dahin, dass wohl die obligatio übergehe, nicht aber die electio, diese sei vielmehr mit dem Tode des Berechtigten untergegangen.

Diese Trennung von obligatio und electio ist aber m. E. so gekünstelt, dass sie einem tieferen Eindringen nicht standhalten kann. Man erwäge:

Der Schuldner kann das Wahlrecht nicht haben, denn es ist ausdrücklich dem Gläubiger zugestanden, und ein Uebergang auf den Schuldner, für welchen übrigens kein annehmbarer Grund einzusehen ist, müsste besonders betont sein. Die Erben haben das Wahlrecht gleichfalls nicht, denn nach Donellus haben sie nur die obligatio, nicht aber die electio geerbt. Ein Dritter kann erst recht keinen Anspruch auf das Wahlrecht erheben. Eine solche Forderung wird aber den Erben nichts nützen, ist sie doch nichts wert, da ihr Leistungsgegenstand unbestimmt ist, ohne dass jemand, sei es der Gläubiger oder der Schuldner oder ein Dritter, die Unbestimmtheit durch Wahl beheben könnte.

Schon diese Ueberlegung spricht m. E. gegen die Ansicht Donellus. Ferner hat auch schon Mühlenbruch[2]) nachgewiesen, dass Paulus die Worte: „electio est personalis" nur auf die Hauskinder und Sklaven bezogen wissen und damit nur andeuten wollte, dass diese persönlich das Wahlrecht ausüben müssten. Den Beweis

---

[1]) Donellus, lib. 15 c. 2.
[2]) Mühlenbruch, S. 263 ff.

für diese Behauptung kann ich erst später (s. S. 26) erbringen.

Aus diesen Gründen ist auch nur eine geringe Anzahl Juristen den Spuren Donellus gefolgt, unter ihnen von geschätzten Forschern nur Thomasius.[1]) Im übrigen hat seine Ansicht nie festen Fuss fassen können.

Schon Cuiacius[2]) verwirft sie, allerdings kommt auch er noch zu dem Resultate, dass „non directe, sed per consequentiam transit electio, quia obligatio transit in heredem".

Die hier entwickelte Ansicht haben ausser Mühlenbruch z. B. noch Schweppe,[3]) Unterholzner,[4]) Holzschuher,[5]) Vangerow[6]) und alle neueren Pandektenlehrbücher vertreten.

Eine andere Frage ist es, ob im römischen Recht das bei einem Wahlvermächtnis dem Legatar zustehende Wahlrecht auf dessen Erben übergegangen ist.

Im Gegensatz zur gewöhnlichen Alternativobligation ging nun das Wahlrecht des Legatars im römischen Recht nicht immer auf die Erben über.

Ein Unterschied zwischen dem Wahlvermächtnis und der gewöhnlichen Alternativobligation bestand ja im römischen Recht schon darin, dass bei der durch letztwillige Verfügung begründeten Wahlschuld im Zweifel der Vermächtnisnehmer, d. h. der Gläubiger, das Wahlrecht hatte,[7]) während bei der durch Vertrag begründeten das Gesetz im Zweifel dem Schuldner das Wahlrecht gab. Ursprünglich galt das zwar nur für das Vindikationslegat,[8]) während beim Damnationslegat[9]) wieder der Schuldner

---

[1]) Thomasius cit. bei Thibaut, § 80, Anm. p.
[2]) Cuiacius, lib. 18 ad l. 76, p. 239.
[3]) Schweppe III, § 379.
[4]) Unterholzner II, S. 221.
[5]) v. Holzschuher, S. 22.
[6]) Vangerow III, § 569, Anm. 1, No. 3.
[7]) Im Gegensatz zu §§ 2154, 262 BGB.
[8]) l. 19, D. 31.
[9]) l. 15, D. 31.

das Recht hatte zu wählen. Justinian hat aber die Bestimmung des legatum per vindivationem sanktioniert, sodass seit ihm der Legatar in allen Fällen die Wahl hatte.[1])

Im übrigen unterschied das vorjustinianische Recht das Wahlvermächtnis und das legatum optionis.

Beim Wahlvermächtnis ging das Wahlrecht des Legatars immer auf die Erben über, das beweisen die l. 19, D. 33, 5 und l. 12, § 7, D. 36, 2. In l. 19, D. 33, 5 heisst es deutlich:

„Illud aut illud utrum elegerit legatarius: nullo a legatario electo decedente eo post diem legati cedentem ad heredem transmitti placuit."

Anders beim legatum optionis!

Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus legatarium optare iusserat, habebat in se condicionem, et ideo nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat.[2])

Beim Legat des „Aussuchens" also konnte nach ausdrücklicher Bestimmung vor Justinian das Wahlrecht vom Legatar auf den Erben nicht übergehen, vielmehr durfte der Legatar die Wahl nur in Person vornehmen.

Der Grund für diese Bestimmung ist in der zitierten Stelle deutlich und klar angegeben.[3]) Das legatum optionis habebat in se condicionem, d. h. es war ein bedingtes Legat jedes der mehreren in optio befindlichen Gegenstände, und zwar jedes unter der Bedingung, dass der Legatar gerade diesen Gegenstand wählen würde. Dass aber ein bedingtes Legat auf die Erben nicht übergehen kann, wenn der Legatar den Eintritt der Bedingung, d. h. hier die Wahl, nicht erlebt, ist eine anerkannte Regel.

Diesen Rechtszustand hat erst Justinian dahin geändert:

---

[1]) § 22, I, 2, 20.
[2]) § 23, I, 2, 20.
[3]) S. Fitting, S. 147.

Data est licentia et heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit.[1])

Seitdem ist dieser Unterschied zwischen Wahlvermächtnis und legatum optionis gefallen, und so kann man auch hier verfolgen, wie der natürliche Gedanke allmählich, aber sicher durchgedrungen ist.

Was die moderne Wissenschaft anbelangt, so hat sie dem Gedanken, dass das Wahlrecht des Schuldners wie des Gläubigers auf die Erben übergeht, durchweg Rechnung getragen.

„La faculte de choisir n'est pas personelle à la partie à laquelle elle appartient. Elle se transmet à ses heritiers" gibt Demolombe[2]) als Grundsatz des Code civil an, und die Motive[3]) zum BGB. sagen: „Das Wahlrecht ist kein höchstpersönliches Recht, sondern geht als eine Qualität des Schuldverhältnisses auf die Rechtsnachfolger über. Dies ist heutzutage in der Wissenschaft wie im geltenden Recht anerkannt. Ein Ausspruch des Gesetzes kann deshalb entbehrt werden."

Einen besonderen Ausdruck hat diesem Gedanken wohl nur der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern in Art. 259 Abs 1 gegeben:

„Das Wahlrecht des Gläubigers wie des Schuldners geht auf den Erben über".

Im grossen und ganzen stehen die modernen Kodifikationen auch auf dem Standpunkte, dass die Erben des Legatars das diesem durch ein Vermächtnis zugestandene Wahlrecht ausüben können. Davon weicht nur das Oesterreichische Gesetzbuch ab, indem es in Art. 659 bestimmt, dass, wenn der Legatar stirbt, ohne das Wahlrecht ausgeübt zu haben, das Gericht anstelle der Erben die Wahl vornehmen soll. Insofern hat Unger[4]) recht, wenn er behauptet, diese Bestimmung stehe in der Mitte zwischen optio legata und legatum

---

[1]) § 23, I, 2, 20 (vgl. auch § 3 pr. C. 6, 43).
[2]) Demolombe, cours 26, No. 42).
[3]) Mot. II, S. 6.
[4]) Unger, Bd. VI, § 76, Anm. 5.

optionis. Im übrigen halte ich den Standpunkt, in dem dem Legatar eingeräumten Wahlrecht regelmässig den Ausdruck eines besonderen Vertrauens zu erblicken, für nicht korrekt: das kann der Fall sein, wird es aber oft auch nicht sein.

§ 6.

Ein ähnlicher Streit wie bei der Universalnachfolge in die Rechte des Gläubigers hat auch bei der Singularsuccession eingesetzt.

Dass das Wahlrecht des Schuldübernehmers im römischen Recht nicht gut bestritten werden konnte, ist klar. Denn das römische Recht kannte keine Singularsuccession in Schulden, vielmehr fand die Schuldübernahme in der Form der Expromissio statt, d. h. der neue Schuldner stipulierte dem Gläubiger dasselbe, was der alte Schuldner versprochen hatte. In den Worten: quod Titius mihi debet, id tu mihi dare spondes, liegt aber, dass der Schuldübernehmer dasselbe und auch unter gleichen Bedingungen wie der ursprüngliche Schuldner, d. h. mit Schuldnerwahlrecht schulden wollte.

Das BGB. kennt im Gegenstatz zum römischen Recht eine Singularsuccession in Schulden, infolgedessen ist der Uebergang des Wahlrechts nur das Natürliche. Die Motive[1]) heben, obwohl es nach dem bereits oben zitierten Grundsatze eigentlich unnütz ist, den Uebergang des Wahlrechts auf den Schuldübernehmer noch besonders hervor. Das BGB. hat keine positive Gesetzesbestimmung gegeben, da es diesen Uebergang als selbstverständlich voraussetzt. Wieder ist es der Bayrische Entwurf, der diesen Gedanken klar zum Ausdruck bringt: „Das Wahlrecht des Schuldners geht auf denjenigen über, welcher die mit dem Wahlrecht verbundene Verpflichtung übernimmt."

---

[1]) Mot. II, S. 6.

§ 7.

Auch die Singularsuccession in Forderungen ist nie in das römische Recht eingedrungen. Ursprünglich konnte entsprechend dem Grundsatze, dass die obligatio ein iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei sei,[1]) ein Wechsel in der Person des Gläubigers wie bei der Schuldübernahme nur im Wege der Delegation eintreten. Auch als man sich später dadurch half, dass der, dem die Forderung abgetreten werden sollte, zum Prokurator in rem suam ernannt wurde, war von einer Singularsuccession in Forderungen nicht die Rede. Von einer solchen Singularsuccession ist auch dann noch nicht zu sprechen, als schon das blosse Erwerbsgeschäft genügte, damit dem Zessionar eine actio utilis zur Seite stand; denn, wie Windscheid[2]) ausführt, „gewährte es dem neu Eintretenden nur die actio, während es dem bisherigen Gläubiger die obligatio beliess", ohne dass diese materielle Bedeutung für ihn noch gehabt hätte.

Im ersten Stadium wird das Wahlrecht auf den neuen Gläubiger wie auf den Schuldübernehmer übergegangen sein; ebenso hat der Prokurator in rem suam das Wahlrecht ausüben können. Das ist klar in der später zitierten l. 66, D. 3, 3 gesagt.

Fraglich kann es dagegen immerhin scheinen, ob auch dann, als der Zessionar im eigenen Namen eine actio utilis anstrengen konnte, das Wahlrecht auf ihn mit der Forderung übergegangen ist, und in der Tat ist diese Frage Gegenstand lebhaften Streites gewesen.

Das Naturgemässe ist sicherlich auch hier der Uebergang; nichts destoweniger hat es Leute gegeben, die die Digesten dahin auslegten, dieser Uebergang hätte nicht stattgefunden.

Als die Wurzel allen Uebels ist auch hier die schon mehrfach genannte l. 76, D. 45, 1 anzusehen, die in Ver-

---

[1]) pr. I, 3, 13.

[2]) Windscheid, II, § 329.

bindung mit der l. 141, D. 45, 1 den Streit heraufbeschworen hat.

Die l. 76 ist bereits oben zitiert; wieder sind es die Worte: haec electio est personalis, et ideo servo vel filio talis electio cohaeret, auf diejenigen, die einen Uebergang des Wahlrechts ableugnen, ihre Meinung stützen. (Dabei will ich gleich bemerken, dass die vielfach vertretene Lesart: non coharet die Schwierigkeit zwar teilweise behebt, zur Erklärung der Stelle jedoch absolut unnötig ist.)

Die l. 141 lautet:

Si servus aut filius familias ita stipulatus sit: „illam rem aut illam, utrum ego velim", non pater dominusve destinare de alterutra debet.

Diese Stellen hat insbesondere wieder Donellus insofern dazu benutzt, den Uebergang des Wahlrechts auf den Zessionar zu verneinen, als er den auf den ersten Blick richtigen Schluss gezogen hat: Wäre das Wahlrecht des Gläubigers nicht etwas Höchstpersönliches, so müsste es doch wie alle anderen Rechte vom Haussohn resp. Sklaven ipso iure für den Gewalthaber erworben werden; da jedoch Paulus und Gaius ausdrücklich hervorhöben, dass der Haussohn wie der Sklave das Wahlrecht selbst ausüben müssten, so ergebe sich daraus, dass dieses Recht ein persönliches sei und auf eine andere Person nicht übergehen könne.

So bestechend diese Argumentation auf den ersten Blick sein mag, ich halte sie für falsch.

Um mit denjenigen Belegen anzufangen, denen vielleicht eine unumstössliche Beweiskraft abgesprochen werden könnte, die ich aber doch nicht unerwähnt lassen möchte, berufe ich mich zuerst auf l. 66, D. 3, 3.

Si is, qui Stichum aut Damam, utrum eorum ipse vellet, stipulatus est, et ratum habeat, quod alterum procuratorio nomine Titius petit, facit, ut res in iudicium deducta videatur, et stipulationem consumit.

Wenn es also feststeht, dass die Wahl auch von einem Stellvertreter ausgeübt werden konnte, so ist wohl

der Schluss erlaubt, dass einem Uebergange auf andere Personen nichts im Wege steht (vgl. auch l. 17, D. 46, 8).

Damit ist aber noch nicht die immerhin seltsame Erscheinung erklärt, dass, obwohl Haussohn und Sklave alle Rechte für den Herrn erwarben, gerade dieses Recht dem Herrn nicht zustand.

Dieser Widerspruch kann jedoch dadurch sicherlich aus der Welt geschafft werden, dass zur Erläuterung noch zwei andere Stellen herangezogen werden.

Die l. 44, D. 35, 1:

Qui heredi dare iussus est, servo alieno instituto non domino dare debet, nam et si alio herede instituto iussus servo Titii dare, ipsi servo datur, quia quae facti sunt non transeunt ad dominum quemadmodum, si mihi aut servo Titii stipulatus, non Titio sed servo eius dari potest.

Und § 2, I, 3, 17:

Sed cum actum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur, veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat.

Sofort haben wir die Erklärung für den angeblichen Widerspruch gefunden: quia quae facti sunt non transeunt ad dominum. Die faktische Natur der Wahl ist es, die einen Uebergang des Wahlrechts auf den Herrn verhindert. Der Römer unterschied zwischen ius und factum. Alles, was die personae alieni iuris erwarben, gehörte dem Gewalthaber, wurde jedoch die Ausübung eines Rechtes unmittelbar einer solchen persona alieni iuris eingeräumt, so sagte man, das sei etwas Faktisches, persona stipulantis continetur, d. h. nur die persona alieni iuris konnte es selbst ausüben. So haben die Römer in unserer Stelle die Ausübung eines Wegerechts für etwas Faktisches erachtet, das nur der Sklave selbst ausüben konnte, so haben sie wohl jede Rechtsausübung, die nicht bloss in einer Klage bestand, als faktischer Natur angesehen. Daher kommt es, dass auch das Bestimmungsrecht bei einer alternativen Obligation dem Gewaltuntertänigen und nicht dem Herrn zustand. Dem steht es auch durchaus

nicht im Wege, dass der Herr das erwarb, was dem Haussohn oder Sklaven durch seine Wahl zufiel. Mit Mühlenbruch[1]) möchte ich sogar annehmen, dass der Herr eine Klage gegen den Verpflichteten hatte, damit dieser den Sklaven die ausbedungene Handlung vornehmen liesse.

Zu dieser Regelung, dass der Sklave gewisse Rechte selbst ausüben musste, wurden die Römer auch durch die Entwickelung, die der Verkehr bei ihnen genommen hatte, geführt. Die Senatoren und Ritter, in deren Hände sich das meiste Geld konzentriert hatte, betrieben die Geschäfte nicht selbst, übertrugen vielmehr Sklaven ihre Abwickelung. Es hätte sie nun immerhin einige Mühe gekostet, hätten sie selbst eine Wahl treffen sollen, vor allen Dingen hätte diese Wahl in den meisten Fällen einige Sachkenntnis erfordert, die sie nicht besassen, kurzum, es drängte die Entwickelung darauf hin, auch derartige Handlungen durch Sklaven vornehmen zu lassen.

So ist dieser immerhin etwas sonderlich anmutende Rechtszustand aus einer praktischen Notwendigkeit entsprungen. Was zum Schluss noch die Worte: electio est personalis anbelangt, so habe ich schon oben angedeutet, dass Paulus diese Worte offenbar nur auf die Haussöhne und Sklaven bezogen wissen will.

Aus allen diesen Erörterungen glaube ich den Schluss ziehen zu dürfen, dass nicht deshalb, weil das Wahlrecht des Gläubigers überhaupt etwas Persönliches sei, es nicht dem Herrn zustehe, sondern nur deshalb, weil die Ausübung dieses Rechtes faktischer Natur ist: quia quae facti sunt non transeunt ad dominum.

Aus der Tatsache, dass der Sklave selbst wählen müsse, die Folgerung zu ziehen, dass das Wahlrecht des Gläubigers auf den Zessionar nicht übergehen könne, scheint mir nach dem Ausgeführten ein Fehlschluss zu sein. Vielmehr ist m. A. nach auch im Römischen Recht die natürliche

---

[1]) Mühlenbruch, S. 272.

Anschauung, dass der Zessionar mit der Forderung auch das Wahlrecht erhalte, streng durchgeführt.

Diese Ausführungen haben erst in heutiger Zeit allgemeine Geltung erlangt. Früher hat man vielfach den Uebergang des Gläubigerwahlrechts durch Zession geleugnet.

Schon die Glosse zur l. 76 sagt: personalis est electio servo vel filio stipulante et vivente: sed non est personalis, quin ad legatarium transeat et ad heredem was wohl so viel bedeuten soll, wie dass zwar auf den Erben, nicht aber auf den Zessionar das Wahlrecht übergeht.

Dieser Ansicht huldigt auch Bartolus.[1])

Ratio, quare personale est, stipulatore vivo, est quia si alii posset cedi vel in alium transferri, fieret condicio promissoris deterior, quia ille fortiter aliter quam primus eligeret. Sed post mortem desiit esse personalis . . . . . illud transit ad heredem, quia praesumitur scire voluntatem defuncti. Die Gründe, die Bartolus für seine Meinung angibt, dass der Zessionar anders wählen könnte als der Zedent und dadurch die Lage des Schuldners verschlechtert werden würde, der Erbe hingegen den Willen des Verstorbenen kennen soll, sind, wie man sieht, sehr fadenscheinig.

Der sonderbaren Ansicht Donells[2]) ist schon oben Erwähnung getan. Er teilt die Forderung in eine unbedingte obligatio und eine electio, die unter der Bedingung geschlossen sei, dass der Gläubiger wählen werde. Letztere sei persönlich, und nur erstere gehe auf Zessionar und Erben über.

Dass er bei dieser Auffassung in Widerspruch mit der l. 75, § 3, D. 30 gerät, hat Donellus wohl gemerkt. Er sucht sich jedoch dadurch darüber hinwegzusetzen, dass er sagt, in dem angegebenen Falle habe der Testator bereits gewählt (ipse elegisse intellegitur), und zwar liege

---

[1]) Bartolus, ad l. 75, § 3, D. 30.
[2]) Donellus, lib. 15, c. 2.

die Wahl darin, dass er das vermache, was ihm geschuldet werde. Darin sei stillschweigend eine Wahl des Gegenstandes enthalten, für den sich später der Legatar entscheiden werde (hoc ipso id eum eligere videri, quod legatarius volet).

Die äusserst gesuchte und gekünstelte Erklärung Donells ist bald auf heftigen Widerspruch gestossen. Schon Cuiacius[1]) ist ihr entgegengetreten, indem er überhaupt die Trennung von obligatio und electio verwirft. Allerdings kommt auch er zu dem Resultate, dass das Wahlrecht auf den Zessionar übergehe, erst auf Umwegen, indem er die Ansicht vertritt, das Wahlrecht gehe zwar an und für sich nicht über, vielmehr erhalte es der Zessionar erst dadurch, dass ihm die Obligation übertragen werde. (Der Wortlaut ist bereits oben zitiert.)

Die hier im Text vertretene Ansicht hat das erste Mal Mühlenbruch[2]) verfochten.

Seinen Gedankengang fasst er in folgender Paraphrasierung der streitigen l. 76, D. 45, 1 zusammen:

„Wenn man sich ein Wahlrecht stipulieren lässt, so bezieht sich das auf die Person (nämlich des Haussohnes und Sklaven), und darum müssen der filiusfamilias und der Sklave, die sich in einem solchen Falle befinden, selbst wählen. Damit ist indessen nicht gesagt, dass ein vertragsmässiges ius eligendi an die Person gebunden sei, vielmehr geht dasselbe auch auf die Erben über."

Den Gründen Mühlenbruchs[3]) haben sich denn auch die meisten Juristen angeschlossen, z. B. Schmid,[4]) Vangerow,[5]) Leo[6]) u. a.

Auf dem entgegengesetzten Standpunkte haben von bekannteren Schriftstellern eigentlich nur Thibaut[7]) und

---

[1]) Cuiacius, lib. 18, p. 239.
[2]) Mühlenbruch, S. 271 ff.
[3]) Mühlenbruch, S. 274.
[4]) Schmid, II, S. 101 u. 291.
[5]) Vangerow, III, § 569, Anm. 1, No. 3.
[6]) Leo, S. 28.
[7]) Thibaut, § 80.

Ryck[1]) verharrt. Seltsam ist die Begründung, die Thibaut für seine Ansicht, dass das Wahlrecht zwar auf den Erben, nicht aber auf den Zessionar übergeht, — was er übrigens ganz natürlich findet — gibt:

„Das Sterben kann niemand lassen, und da muss jeder Schuldner auf die notwendigen Folgen der Vererbung rechnen, aber so lange der Gläubiger lebt, ist kein Notstand vorhanden, und da hat der Schuldner, der dem Gläubiger die Wahl überliess, immer noch dies für sich, dass man oft einem dummen und geschmacklosen Menschen ein Wahlrecht gestatten kann, das, durch einen besseren ausgeübt, höchst gefährlich werden könnte."[2])

Neuerdings hat Pescatore[3]) versucht, eine andere Theorie zu entwickeln. Er hat behauptet, dass, wenn ein Sklave eine Stipulation: illud aut illud, utrum ego velim geschlossen habe, der Ton infolge der strengen Auslegung der Verbalobligationen auf dem ego gelegen hätte, während bei einem Gewaltfreien kein Grund vorhanden gewesen sein soll, die Worte gerade in dem Sinne zu verstehen: Wenn „Ich" wähle. Aber abgesehen davon, dass m. E. nicht einzusehen ist, woraus Pescatore einen solchen Unterschied konstruieren will, hat schon Leo[4]) nachgewiesen, dass seine Ansicht z. B. durch die l. 1, D. 45, 3 widerlegt wird:

Cum servus stipuletur, nil interest sibi an domino an vero sine alterutra adiectione dari stipuletur.

Heute ist der Streit verstummt. Wie man es als selbstverständlich erachtet, dass Erben und Schuldübernehmer das Wahlrecht haben, so wird es auch dem Zessionar ohne weiteres gegeben. Das BGB. hat eine Regelung dieser Frage wie die der früheren für unnötig gehalten. Von den Gesetzestexten, die diese Frage einer

---

[1]) Ryck, S. 233.
[2]) Thibaut (Braun), S. 109.
[3]) Pescatore, S. 244.
[4]) Leo, S. 30.

Erwähnung für würdig erachtet haben, sei wieder der Bayrische Entwurf genannt:

„Das Wahlrecht des Gläubigers steht auch demjenigen zu, welchem die mit dem Wahlrecht verbundene Forderung abgetreten oder vermacht ist." (Art. 259 Abs. 2.)

§ 8.

Im Anschluss an diese Untersuchung möchte ich auch die Frage nicht unerörtert lassen, ob denn auch auf den fiduziarischen Zessionar das Wahlrecht übergeht.

Eine Beantwortung dieser Frage wird nur möglich sein, wenn ich zuerst die Stellung des fiduziarischen Zessionars näher gekennzeichnet habe.

„Unter fiduziarischem Geschäft versteht man heute ein (ernstgemeintes) Geschäft, bei dem jemand einem anderen eine Sache zu vollem Eigentum oder eine Forderung zu vollem Gläubigerrecht überträgt unter der Verpflichtung, nur zu einem bestimmten, beschränkten Zwecke darüber zu verfügen." Dies ist die heute anerkannte Theorie.

Mit anderen Worten, nach aussen hin ist der fiduziarische Zessionar, um gleich auf den uns interessierenden Fall zu kommen, vollberechtigter Gläubiger; nur im Innenverhältnis ist er verpflichtet, die Forderung nur in einem vereinbarten Sinne zu gebrauchen. Mit dieser Erklärung haben wir unsere Frage bereits beantwortet. Nach aussen hin unterscheidet sich die Stellung des fiduziarischen Zessionars grundsätzlich nicht von der eines richtigen Zessionars. Er kann wie dieser an und für sich alle Rechte eines Gläubigers wahrnehmen, mithin auch das Wahlrecht ausüben. Sollte dieses Recht im Vertrage zwischen Zedent und Zessionar diesem ausdrücklich abgesprochen worden sein, so tut dies nichts zur Sache, vielmehr bindet die Wahl des fiduziarischen Zessionars den Gläubiger wie seine eigene. Handelt der Zessionar dem Vertrage zuwider, so hat das nur insofern

Bedeutung, als es das Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar betrifft; denn der Zedent kann sich, wenn dem Zessionar das Recht zu wählen im Vertrage genommen war, an dem Zessionar schadlos halten.

Von Singularsuccessoren sei hier nur noch des Legatars gedacht. Dass dieser das dem Erblasser zustehende Wahlrecht schon im Römischen Recht gehabt hat, geht aus der schon mehrfach zitierten l. 75, § 3, D. 30 klar hervor. Dass auch die modernen Kodifikationen diesem Grundsatz huldigen, dafür glaube ich nur auf den bereits oben wiedergegebenen Art, 259 Abs. 2 des Bayrischen Entwurfs verweisen zu brauchen.

§ 9.

Zum Schluss will ich mich noch kurz darüber auslassen, ob das Wahlrecht auch auf einen zweiten Universal- oder Singularsuccessor übergeht.

Bei dieser Frage ist zunächst das wohl nicht in Zweifel zu ziehen, dass auch dem Erben des Erben die Befugnis zu wählen von jeher zugestanden hat.

Was ferner den Erbschaftskauf anbelangt, so konnte das Römische Recht eine Veräusserung des gesetzlichen Erbrechts durch den extraneus heres vor Antritt der Erbschaft (in iure cessio legitimae hereditatis). Diese hatte die Wirkung, dass der Käufer anstelle des Verkäufers Erbe wurde. Als Universalsuccessor des Erblassers dürfte er m. E. wie der Erbe, der die Erbschaft verkauft hatte, das Wahlrecht gehabt haben.

Ins Justinianische Recht ist dieses Institut nicht übergegangen, dieses kennt nur den Verkauf einer bereits erworbenen Erbschaft. Dieser führte jedoch keine Universalsuccession herbei, vielmehr war der Käufer entsprechend dem Grundsatze semel heres, semper heres Singularsuccessor. Da er inbetreff der Erbschaftsforderungen die Stellung eines Zessionars hatte (vgl. l. 2, § 8, D. 18, 4), ist auch auf ihn m. E. das Wahlrecht sicherlich übergegangen. Ebensowenig dürfte in den modernen Kodi-

fikationen jemand dem Erbschaftskäufer das Wahlrecht absprechen wollen, wobei es gleichgültig ist, ob dieser wie im ALR. (I, 11, §§ 447 und 454) Universalsuccessor oder wie im BGB. (§§ 2371 und 2385) Singularsuccessor ist.

Dasselbe ist wohl auch von dem Wahlrecht des Zessionars und Legatars, dem von dem Erblasser eine diesem zustehende alternative Forderung, bei der er die Wahl hatte, vermacht worden ist, zu sagen. Es liegt kein Hindernis vor, auch deren Universal- wie Singularsuccessoren das Wahlrecht zuzugestehen.

§ 10.

Wenden wir uns jetzt dem zweiten Teil zu, d. h. den Fällen, in denen der Uebergang des Wahlrechts mit einem Wechsel in den Subjekten der Forderung nicht verbunden sein würde, so müssen wir auch hier eine Zweiteilung vornehmen. Und zwar wollen wir zunächst alle die Fälle in den Bereich unserer Betrachtungen ziehen, in denen der Dritte, auf den das Wahlrecht eventuell übergehen könnte, in irgend eine rechtliche Beziehung zur Forderung tritt, und zum Schluss auch noch die Frage erörtern, ob das Wahlrecht selbständig im Wege der Rechtsnachfolge dergestalt übergehen kann, dass der Dritte keinerlei Rechte oder Pflichten der Forderung gegenüber hat.

Gehen wir an die Untersuchung des ersten Teils, so müssen wir zunächst der Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB) gedenken, das heisst des Falls, dass sich der Dritte dem Schuldner gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet.

Man hat ja versucht, den Unterschied zwischen der Erfüllungs- und Schuldübernahme zu leugnen. Er ist aber tatsächlich vorhanden. Bei der Schuldübernahme tritt der Uebernehmer vollständig in die Rechte und Pflichten des Schuldners ein, bei der Erfüllungsübernahme dagegen bleibt die Schuld an dem bisherigen Schuldner haften; sie ist nur ein interner Vertrag, der nach aussen hin,

falls das nicht ausdrücklich bestimmt ist, keine Wirkung hat, weshalb auch der Gläubiger gegen den Erfüllungsübernehmer keinen direkten Anspruch hat (vgl. l. 28, D. 39, 5 und § 329 BGB.). Während also bei der Schuldübernahme das Wahlrecht zweifellos auch dem neuen Schuldner zusteht, geht es auf den Erfüllungsübernehmer nicht über. Die Motive[1]) sagen über diesen Fall:

„Einer verschiedenen Beurteilung unterliegt der Fall, wenn sich der Dritte nur dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger desselben zu befriedigen. Der Dritte kann solchen Falls zwar, wenn er den Gläubiger befriedigt, als Stellvertreter des Schuldners die ihm passend scheinende Leistung wählen, was gleichfalls nicht bestimmt zu werden braucht. Dagegen kann dem Dritten auf Grund jener Verpflichtung allein wohl nicht das Recht beigelegt werden, vor der Befriedigung das Wahlrecht des Schuldners nach Massgabe des § 208 Abs. 1 mit bindender Wirkung, insbesondere auch dem Schuldner gegenüber auszuüben."

Diesen Worten kann ich nur beistimmen. Da der bisherige Schuldner Schuldner bleibt, muss ihm auch fernerhin das Recht der Wahl zukommen. Der Erfüllungsübernehmer dagegen tritt nur in ein internes Rechtsverhältnis zum Schuldner, er wird nicht Schuldner des Gläubigers, deshalb kann er vor Leistung durch Erklärung die Wahl nicht vornehmen (ausser auf Grund einer Vollmacht). Leistet er dagegen, so wird man ihm jetzt allerdings — wie übrigens jeden Dritten (s. S. 49) — zugestehen müssen, dass er wirksam leisten kann, was er will. Er übt dann das Wahlrecht nicht im eigenen Namen, sondern als Stellvertreter des Schuldners aus. Litten[2]) behauptet, es sei nur in casu zu entscheiden, ob der Erfüllungsübernehmer das Recht habe, durch die Leistung eines Gegenstandes die Alternativobligation zu konzentrieren. Diese

---

[1]) Mot. II, S. 6/7.
[2]) Litten, S. 140.

Befugnis wird man ihm wohl aber allgemein einräumen müssen.

§ 11.

In zweiter Linie müssen wir uns die Frage vorlegen, ob denn das Wahlrecht auch auf den Bürgen übergeht. Was die Römische Fideiussio anbetrifft, so war bei ihr ein „Uebergang" im reinsten Sinne des Wortes unmöglich. Das lag an der Art, wie die fideiussio eingegangen wurde. Sie wurde nämlich derart abgeschlossen, dass zu der alten Stipulation eine neue accessorische hinzutrat. Da also die Stipulation bestehen blieb, musste der Schuldner resp. der Gläubiger das Wahlrecht behalten und insofern kann von einem „Uebergange" des Wahlrechts in diesem Sinne nicht gesprochen werden. Vielmehr kann hier nur die Frage zur Erörterung gestellt werden, ob der Bürge vielleicht neben dem Schuldner das Wahlrecht ausüben durfte; sie muss aber hier gleichfalls behandelt werden, da auch in diesem Falle ein „Uebergang" des Wahlrechts, wenn auch in etwas anderem Sinne gefasst, stattfinden würde. Ob ein Uebergang in diesem Sinne von statten gegangen ist, mag manchem auf den ersten Blick starke Bedenken auslösen.

Nehmen wir zuerst an, der Fideiussor verbürge sich mit den Worten: „idem fide mea esse iubeo". Die Digesten haben sich zwar über eine derartige Fideiussio nicht ausgelassen, doch kann ich wohl ohne Bedenken annehmen, dass sie zulässig war.

Denn einmal erfüllt sie das Identitätsprinzip — quia in aliam rem quam quae credita est, fideiussor obligari non potest, l. 42, D. 46, 1 —, andererseits verstösst sie m. E. auch nicht gegen das Verbot der durior causa: hi qui assessionis loco promittunt, in leviorem causam accipi possunt, in deteriorem non possunt (l. 34, D. 46, 1).

Dies hat schon Pescatore[1]) nachgewiesen. In der Stipulation „idem" schulden zu wollen, liegt nämlich die

[1]) Pescatore, S. 148.

Erklärung, dass die jeweilige Verpflichtung des Hauptschuldners auch für den Umfang der Bürgschaftsschuld massgebend sein soll. Deshalb schuldet der Bürge vor der Wahl alternativ, nach derselben dieselbe Leistung, die der Schuldner gewählt hat. Dass aber seine Lage nach der Wahl des Schuldners der des Hauptschuldners gegenüber durior geworden wäre, weil diese ihn bände und ihm die Möglichkeit nehme, seiner Verpflichtung durch die Leistung des anderen Gegenstandes zu genügen, kann füglich nicht behauptet werden. Eine Fideiussio auf idem für eine alternative Hauptschuld war also sicher möglich.

Pescatore[1]) hat nun behauptet, dass ein solcher Fideiussor das Recht habe, einen Gegenstand nach seiner Wahl zu leisten, und zwar mit bindender Wirkung dem Schuldner gegenüber.[2]) Gründe für seine Meinung gibt Pescatore nicht an, sie sind aber m. A. nach nicht schwer zu erraten.

Denn schon nach Römischen Recht konnte jeder Dritte statt des Schuldners die Leistung bewirken und auf diese Weise denselben befreien (l. 38, D. 3, 5 u. pr. I, 3, 29 etc.). Will er das aber bei einer alternativen Verbindlichkeit tun, so muss ihm auch das Recht eingeräumt sein, einen Gegenstand nach seiner Wahl zu leisten. Da diese Befugnis also zweifellos keinem Dritten versagt werden kann, so darf sie umsoweniger dem Bürgen verwehrt werden. Es sind dies Gründe, auf die ich im einzelnen und ausführlich erst später eingehen kann (s. S. 49).

Man wird mir vielleicht den Einwurf erheben, der Fideiussor verbürge sich mit den Worten: „idem fide mea esse iubeo", und wolle damit sagen: ich will dasselbe schulden wie der Schuldner und unter denselben Bedingungen wie der Schuldner. Damit habe er

---

[1]) Pescatore, S. 148.

[2]) Bei einer Bürgschaft für eine alternative Hauptschuld mit Schuldnerwahlrecht natürlich nur, denn, wenn der Gläubiger das Wahlrecht hat, ist ein Uebergang bei einer solchen Bürgschaft ohne weiteres unmöglich.

stillschweigend anerkannt, dass alle Bestimmungen der Hauptstipulation aufrecht erhalten bleiben sollen, also auch das Wahlrecht des Schuldners. Der Bürge selbst habe sich durch diese Erklärung das Recht, durch Leistung zu wählen, nicht ausbedungen, vielmehr habe er durch idem das Wahlrecht des Schuldners sanktioniert. Ich kann aber diesen Einwurf doch nicht für berechtigt halten.

Ob in dem Wörtchen „idem" ein solcher Sinn liegt? Ich möchte schon das bezweifeln! Idem heisst wohl, die jeweilige Verpflichtung des Schuldners solle für den Umfang der Haftung des Bürgen massgebend sein; dass dieser damit aber auf alle Rechte, selbst auf das Recht, den Gläubiger vor der Einklagung des Schuldners zu befriedigen — und darauf käme das doch hinaus — verzichtet habe, halte ich für unwahrscheinlich. Es wäre dies auch in sehr vielen Fällen eine unnötige Benachteiligung des Gläubigers. Dieser wäre immer darauf angewiesen, falls der Schuldner nicht wählt, denselben zu verklagen, selbst wenn der Bürge gutwillig leisten will; denn der Bürge kann nicht wählen, und der Gläubiger erst mit Beginn der Exekution. Dieser würde sich auf diese Weise Kosten machen, die er nie ersetzt bekäme, da der Schuldner sie nicht wird bezahlen können, der Bürge sie aber nicht zu bezahlen braucht. (S. RG. 56, 111). Und endlich, warum soll der Bürge als Bürge nicht wählen dürfen, wohl aber als Dritter? Er, dem doch wegen des Regresses sehr viel daran gelegen sein muss, dass er als Bürge zahlt; hat er doch in diesem Falle das beneficium cedendarum actionum, während er im andern Falle Regress nur auf Grund des Innenverhältnisses etwa als Mandatar nehmen kann! Im übrigen verweise ich auf die Gründe, die ich im weiteren Verlauf der Untersuchungen bei Besprechung des Standpunktes des BGB. anführen werde.

Man muss sich allerdings vor Augen halten, dass man dem Bürgen mit dieser Befugnis zugleich auch das eigentliche Wahlrecht zugesteht.

Denn was heisst „wählen" im Römischen Recht?

„Wählen im Sinne der Quellen ist nicht blosses sich zu dieser oder jener Leistung Entschliessen, sich für diese oder jene Leistung Entscheiden, sondern wählen ist hier in dieser oder jener Weise Erfüllen", sagt Pescatore[1]) und mit ihm die herrschende Meinung.

Der Wahlberechtigte hatte also nach dieser Ansicht bis zur Leistung das sog. ius variandi.

Und diese Meinung trifft auch m. E. entschieden das Richtige.

Denn die Quellen betonen ausdrücklich:

„Tamdiu voluntas promissoris in petenti est, quamdiu id quod promissum est solvatur" (l. 106, D. 145, 1).

Und an einer anderen Stelle:

„Cum pure stipulatus sim illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod praestaturus sit" (l. 138, § 1, D. 45, 1: vgl. auch l. 26, § 13, D. 12, 6).

Und die Digesten versagen nur dann dem Wahlberechtigten dieses ius variandi, wenn dem Schuldner das Wahlrecht, das ihm schon ohne Vereinbarung zukommt, noch besonders stipuliert worden war (vgl. l. 138, § 1, D. 45, 1 u. l, 84, § 9, D. 30).

Die gegen diese Theorie angeführten Beweise[2]) können meine Ueberzeugung, dass die herrschende Theorie in den richtigen Bahnen wandelt, nicht erschüttern. Sie beruhen grösstenteils auf einem Missverständnis des Schlusses der l. 138, § 1, D. 45, 1: Quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest, die nicht zwischen der Erklärung der Wahl und blossem Nachdenken einen Unterschied machen will, sondern vielmehr von einem Vertrage, in dem das Wahlrecht des Schuldners besonders betont ist und von einem

---

[1]) Pescatore, S. 178; Bernstein, S. 49; Brinz, S. 109; Nanne, S. 50; Ryck, S. 231; Savigny, S. 391; Roh, S. 17; Vangerow, II, § 569, Anm. 1, Nr. 2; Windscheid, § 255, Nr. 9 u. a.

[2]) Thibaut, § 81; Schwebbe, III, § 379; Sintenis, II, § 83; Ihering, Jahrb., Bd. 1, S. 31; Regelsberger, Bd. 16, S. 172; Demelius, S. 19 ff.

solchen, welcher eine derartige Bestimmung nicht enthält, verstanden werden kann.

Im einzelnen die Meinung zu widerlegen, würde zu weit führen, ich verweise auf Roh, S. 32 ff.

Da wir also einmal festgestellt haben, dass der Bürge das Recht hat, durch die Leistung einen Gegenstand zu wählen, und dass andererseits in dieser Befugnis das eigentliche Wahlrecht des Römischen Rechts bestand, so müssen wir daraus die notwendige Folge ziehen, dass der Bürge das Wahlrecht gehabt hat.

Allerdings möchte auch ich annehmen, dass der Bürge das Wahlrecht nur so lange gehabt hat, wie es der Schuldner hatte. Vergegenwärtigen wir uns den Verlauf des Falles. Der Schuldner wählte nicht, der Gläubiger klagte alternativ und erwirkte ein alternatives Urteil. Bis dahin blieb dem Schuldner sein Wahlrecht.[1])

Kam es jedoch dann zur Zwangsvollstreckung, so verlor der Schuldner nach der herrschenden Theorie[2]) jetzt sein Wahlrecht, und der Gläubiger konnte die Zwangsvollstreckung in das eine oder das andere Objekt richten, mit a. W. das Wahlrecht ging mit dem Beginn der Zwangsvollstreckung auf den Gläubiger über.[3]) Da es von diesem Zeitpunkte an ihm zustand, so möchte ich allerdings annehmen, dass er es auch dann behielt, wenn die Zwangsvollstreckung fruchtlos geblieben war und er sich an den Bürgen halten musste. Ich möchte das daraus schliessen, dass sich ja mit dem Beginn der Zwangsvollstreckung die Hauptschuld dahin verändert hatte, dass dem Gläubiger anstatt des Schuldners das Wahlrecht zustand, und da die Bürgschaftsschuld von dem Umfang der Hauptschuld abhängt, sich auch diese dahin um-

[1]) Wenigstens zur Zeit Justinians; zur Zeit des Formularprozesses verlor er es bereits durch das Urteil, weil dieses auf eine Komdemnationssumme ging.

[2]) RG. XII, 187; Pescatore, S. 197; Litten, S. 48; Regelsberger, S. 163; Bernstein, S. 67 u. 69; Windscheid, II, S. 27.

[3]) Wagner, S. 33.

gewandelt hatte, dass fortan nicht mehr der Bürge, sondern der Gläubiger das Wahlrecht hat.

Ausser dem eben erwähnten Falle, dass die Fideiussio auf idem ging, kann man sich auch solche Fälle denken, bei denen die Bürgschaft alternativ wie die Hauptschuld gehalten war, z. B. Stichum aut Pamphilum utrum ego velim fide mea esse iubeo.

Bei Fideiussionen dieser Art ist ohne weiteres ersichtlich, dass der Bürge dann das Wahlrecht gehabt haben wird, wenn er sich dasselbe in der neuen Stipulation, in deren Eingehung ja die Fideiussio bestand, ausbedang.

Dabei ist aber die erste Voraussetzung, dass derartige Stipulationen überhaupt erlaubt waren, und so kommen wir zu dem Resultat, dass die Beantwortung der Frage, ob denn der Bürge, der eine alternative Fideiussio für eine alternative Obligation einging, das Wahlrecht gehabt hat, von der Bejahung oder Verneinung der Vorfrage abhängt, ob überhaupt für eine alternative Obligation eine alternative Fideiussio zu schliessen gestattet war. Wird sie verneint, so ist auch unsere Hauptfrage von selbst erledigt; wird sie bejaht, so ist die natürliche Folge, dass der Bürge immer dann das Wahlrecht gehabt hat, wenn er es sich in der accessorischen Stipulation ausbedang.

Das Römische Recht ist wie meistens auch in diesem Falle kasuistisch vorgegangen. Drei Digestenstellen geben uns über die Stellung des Corpus iuris zu unserer Frage Aufschluss. Fast durchweg gelangt das Gesetzbuch zu ihrer Verneinung.

Während die Digesten einfache Bürgschaften für alternative Verbindlichkeiten im grossen und ganzen für gültig erachten (l. 34, D. 46, 1), erklären sie sowohl eine alternative Bürgschaft für eine einfache Schuld (l. 8, § 8, D. 46, 1) als auch eine alternative Fideiussio für eine alternative Verbindlichkeit für unzulässig.

Die Entscheidungen über diesen letzteren Punkt finden sich in der l. 8, § 9, D. 46, 1:

„Idem Julianus ait: si is qui hominem aut decem dari stipulatus fuerat, fideiussorem ita acceperit: „hominem aut decem, utrum ego velim“ non obligavit eum quia durior eius condicio facta est.“

Und in der l. 38, D. 46, 1:

„Si Stichus aut Pamphilus stipulatus essem, utrum promissor voluisset, non possum fideiussorem ita accipere Stichum aut Pamphilum, utrum fideiussor vellet, quia futurum esset in eius potestate alium velle quam reus voluisset.“

Zu dem entgegengesetzten Ergebnis, dass eine alternative Fideiussio für eine alternative Hauptschuld gültig sei, kommen die Digesten nur in einem Falle (l. 8, § 10, D. 46, 1):

„Contra autem, si is, qui hominem aut decem, utrum ipse stipulator volet, stipulatus est, recte fideiussorem ita accipiet: „decem aut hominem, utrum tu voles?“ fit enim, in quit, hoc modo fideiussoris condicio melior.

Besteht also eine alternative Hauptschuld auf 10 oder Stichus nach Wahl des Schuldners, so ist eine Bürgschaft, gleichfalls auf 10 oder Stichus, aber nach Wahl des Gläubigers ungültig, denn — und das ist zweifellos — durior facta est condicio. Das aber widerspricht dem schon oben zitierten Grundsatze der l. 34, D. 46, 1.

Besteht ferner eine auf Stichus oder Pamphilus nach Wahl des Schuldners lautende Stipulation, so soll eine auf dasselbe nach Wahl des Bürgen lautende Fideiussio deshalb nichtig sein, weil es in der Macht des Bürgen stehe, einen anderen Gegenstand zu wählen, als der Schuldner gewählt haben würde.

Dagegen sollte eine Fideiussio auf Stichus oder 10 nach Wahl des Bürgen für eine auf dasselbe nach Wahl des Gläubigers lautende Stipulation gültig sein, denn fit condicio fideiussoris melior.

Mit Recht hat man die Berechtigung der letzten beiden immerhin eigenartigen Entscheidungen angefochten.

Hasenbalg[1]) z. B. hat zwar nicht in Abrede gestellt, dass der Fall der l. 8, § 10, D. 46, 1 vom Standpunkt des non durior aus nicht angegriffen werden kann, er hegt aber grosse Zweifel, ob das Identitätsprinzip gewahrt sei.

Im Verlauf seiner Ausführungen kommt er vielmehr zu dem Resultate, dass „der Rechtsbestand einer derartigen Fideiussio nur für das Recht der Pandekten zu retten sei."

Den Beweis dafür sucht Hasenbalg[2]) in dem zur Zeit der Pandekten herrschenden Grundsatze der Prozesskonsumtion, gemäss dem der Anspruch gegen den Bürgen vernichtet war, sobald mit dem Schuldner liskontestiert war. Infolgedessen durfte der Gläubiger, wollte er gegen den Bürgen vorgehen, noch nicht durch die dem Schuldner gegenüber erklärte Wahl einen der alternativ geschuldeten Gegenstände zum alleinigen Leistungsobjekt gemacht haben. „Somit war der Gefahr vorgebeugt, dass der Gläubiger durch frühere Ausübung seines Wahlrechts dem Schuldner gegenüber einen anderen Gegenstand als Objekt der Obligation bezeichne als den, welchen vielleicht später der Fideiussor durch das ihm zustehende Wahlrecht machen würde." Der Grundsatz der konsumierenden Wirkung der Litiskontestation wurde jedoch durch die l. 28, C. 8, 40 aufgehoben. Seitdem konnte der Gläubiger erst gegen den Schuldner vorgehen und dann trotzdem noch, wenn ihn der Schuldner nicht befriedigt hatte, von dem Bürgen seinen Ausfall einfordern. Es konnte also in dem gedachten Falle der l. 8, § 10, D. 46, 1 sehr wohl vorkommen, dass der Gläubiger sein Wahlrecht ausübend „decem" gefordert hatte; dass er unbefriedigt geblieben war; dass er nun vom Fideiussor forderte; und dass dieser in Ausübung des ihm zustehenden Wahlrechts den hominem zum Obligationsobjekt machte. Ohne Zweifel ist dann der Gegenstand der Verbindlichkeit des Fideiussors ein anderes Objekt als das der Hauptschuld;

---

[1]) Hasenbalg, S. 171.
[2]) a. a. O., S. 172.

und ohne Zweifel ist dann die ganze Fideiussio um dieses Umstandes willen nichtig."[1])

Soweit sind Hasenbalgs Schlüsse logisch und durchaus zu billigen.

Hasenbalg hätte nun aber auch die Folgen konsequent ziehen müssen. Und das tut er leider nicht.

Denn, wenn er weiterhin meint, eine derartige Fideiussio solle erst in dem Moment unwirksam werden wenn der Bürge einen anderen Gegenstand gewählt habe als der Gläubiger, so weiss ich nicht recht, wie er sich das vorstellt. Der Bürge wird natürlich, wenn er weiss, dass seine Verpflichtung dadurch hinfällig wird, immer das Gegenteil von dem wählen, was der Gläubiger gewählt hat, und damit käme die ganze Fideiussio darauf hinaus, dass ihre Gültigkeit vom Belieben des Bürgen abhinge. Dass das eine Unmöglichkeit ist, liegt auf der Hand.

Warum Hasenbalg diesen Schluss gezogen hat, ist ja ganz klar. Er wollte die Stelle auf irgend eine Weise retten; das ist aber kein Grund unlogisch zu verfahren, vielmehr können wir an diesem Beispiel wieder erkennen, wie die Römer kasuistisch vorgegangen sind und ihre Entscheidungen je nach den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens und Verkehrs gefällt haben und wie wenig angebracht es daher oft ist, wenn man „die Entscheidungen als notwendige logische Konsequenzen von theoretischen Gesichtspunkten aus erklären will."[2])

Wir müssen unsere Ausführungen also dahin zusammenfassen:

Die Entscheidung der l. 8, § 10, D. 46, 1 lässt sich, so lange noch die konsumierende Wirkung der Litiskontestation bestand, ohne Schwierigkeit rechtfertigen; als aber die Litiskontestation aufgehört hatte, diese Wirkungen zu haben, hätte eine derartige Fideiussio wie alle anderen alternativen Fideiussionen für alternative

---

[1]) Hasenbalg, S. 172.
[2]) Leo, S. 7.

Verbindlichkeiten nichtig sein müssen, da das Erfordernis der Identität nicht gewahrt war; denn der Bürge konnte etwas anderes wählen als der Gläubiger.

Auch um eine Begründung der l. 38, D. 46, 1 hat man sich bemüht. Eine solche glaubt Pescatore gefunden zu haben.

Er behauptet,[1]) Marcellus habe bei dieser Stelle an eine Obligation gedacht, bei der die Wahl dem Schuldner ausdrücklich eingeräumt worden war, bei welcher also der Schuldner seine einmal gegebene Erklärung nicht mehr abändern konnte (s. l. 138, § 1, D. 45, 1 und l. 84, § 9, D. 30). Für eine solche Stipulation hätte aber deshalb keine Fideiussio eingegangen werden können, „weil sich der Bürge in jedem Augenblicke seiner Verpflichtung dadurch entziehen könnte, dass er, nachdem der Schuldner sich für die Leistung der Stichus erklärt habe, nun seinerseits sich für die Leistung des Pamphilus entscheide."[2])

Dies ist in der Tat die einzig denkbare Erklärung.

Damit wäre gezeigt, dass für eine alternative Stipulation eine auf dieselben Alternativen lautende Fideiussio im grossen und ganzen unmöglich war und deshalb eine Verbürgung für eine alternative Stipulation im Wege der Fideiussio allein durch die Fideiussio „idem fide mea esse iubeo" zustande kommen konnte.

In diesem Falle aber hat der Bürge das Wahlrecht gehabt.

Zu nicht ganz gleichen Resultaten werden wir für das Konstitutum kommen.

Inwiefern bei diesem der Bürge das Wahlrecht gehabt hat, über diese Frage sind Quellenstellen nicht zu finden. Deshalb müssen wir unsere Folgerungen aus der Natur des Konstitutums ziehen. Das Konstitutum war viel freier ausgestaltet als die Fideiussio. Ein malkonnte es formlos eingegangen werden;[3]) andererseits brauchte das

---

[1]) Pescatore, S. 147.
[2]) a. a. O., S. 148.
[3]) pr. l. 1, D. 13, 5.

Identitätsprinzip nicht gewahrt sein,[1]) so dass auch aliud pro alio constituiert werden konnte. Ein wesentlicher Unterschied bestand ferner darin, dass das Prinzip des non durior für das Konstitutum aufgegeben war, dass sich also der Konstituent unter strengeren Bedingungen, ja sogar für eine klaglose Schuld verpflichten konnte.[2])

Gehen wir von diesen Grundbegriffen aus, so kommen wir zu folgendem Ergebnisse: Verpflichtete sich der Konstituent auf das, was der Schuldner schuldete, so war das Konstitutum gültig, auch hatte der Bürge das Wahlrecht aus denselben Gründen wie der Fideiussor. Verpflichtete sich der Bürge für eine Schuld auf Stichus oder Pamphilus, sei es nach Wahl des Schuldners oder des Gläubigers, auf Stichus oder Pamphilus, so war, da weder das Identitätsprinzip noch das Prinzip der durior condicio im Wege stand, das Konstitutum gleichfalls gültig, auch war m. E. kein Hindernis vorhanden, dass sich der Bürge das Wahlrecht vorbehielt.

Wie sich das BGB. über den Uebergang des Wahlrechts auf die Rechtsnachfolger nicht ausgesprochen hat, so schweigt es auch beim Bürgen über das Wahlrecht.

Wir wollen zunächst sehen, wie es mit dem Wahlrecht des Schuldners steht. Neuerdings haben zwei Juristen diese Frage bearbeitet: Pringsheim in Gruchots Beiträgen, Bd. 53, und Westerkamp in seiner Schrift: Bürgschaft und Schuldbeitritt.[3])

Mit vollem Recht scheidet Pringsheim zwei Befugnisse scharf voneinander: einmal das Recht, das Schuldverhältnis durch Erklärung zu konzentrieren, und zweitens das Recht, nach Wahl zu leisten, ein Unterschied, den schon vor ihm viele gemacht haben.[4])

---

[1]) l. 1, § 5, D. 13, 5.

[2]) l. 3, § 2, D. 13, 5; l. 1, § 3, 7, D. 13, 5.

[3]) Pringsheim, S. 20 ff.; Westerkamp, S. 377—382.

[4]) Schollmeyer, S. 67; Pescatore, Wahlschuldverhältnisse, S. 173.

Was das erste Recht, das eigentliche Wahlrecht anbelangt, so kommen fast alle Schriftsteller zu dem Ergebnis, dass es weder dem Bürgen allein zustehe, noch dass er es neben dem Schuldner ausüben könne, und dass dies nicht uur für den Bürgen, dem die Einrede der Vorausklage zur Seite stehe, sondern auch für den selbstschuldnerischen Bürgen gelte.[1])

Und dies mit Recht.

Den Grund geben die Motive[2]) an:

„Ebenso ist klar, dass der Bürge anstelle des Schuldners diejenigen Dispositionen über den Inhalt der Schuld nicht ausüben kann, welche von einer einseitigen Erklärung des Schuldners abhängen, wie Wahl, Rücktritt vom Vertrage, Wandelung, Minderung, wenn auch im Falle einer alternativen Verbindlichkeit die Annahme der einen von den Bürgen bewirkten Leistung seitens des Gläubigers als Erfüllung wirken kann."

Der Bürge kann sich also zwar der dem Hauptschuldner zustehenden Einreden bedienen (§ 768 BGB.), mit Ausnahme derjenigen, zu deren Geltendmachung eine Willenserklärung erforderlich ist, wie Aufrechnung und Anfechtung (§ 770 BGB.), dagegen kann er nicht anstelle des Hauptschuldners selbständige Verfügungen vornehmen, die in die Rechte des Schuldners eingreifen würden.

Aus diesem Grunde ist ihm auch das eigentliche Wahlrecht, d. h. das Recht durch Erklärung zu wählen verwehrt. Für diese Auffassung spricht auch der § 767 BGB. Denn wenn der jeweilige Bestand der Hauptschuld für den Umfang der Haftung des Bürgen massgebend ist, so kann weder der Bürge die Hauptschuld durch ein Rechtsgeschäft verändern, noch können auch die Vertragsparteien die Haftung des Bürgen auf diese Weise erweitern. Dass der Schuldner wählen und so den Umfang der Bürgenhaftung ändern kann, liegt daran, dass diese Wahl im Wesen der Wahlschuld begründet

---

[1]) Pringsheim, S. 22—25.

[2]) Mot. II, S. 663.

und infolgedessen notwendig ist, der Bürge sich also bei Eingehung der Bürgschaft bewusst war, dass eine solche Aenderung erfolgen würde.

Deshalb darf man auch nicht sagen, der Bürge müsse das Wahlrecht haben, da er ja eine eigene Schuld eingegangen sei. Denn dies würde eben dem Prinzip des § 767 widersprechen, dass der Umfang der Bürgenhaftung durch den jeweiligen Bestand der Hauptschuld bestimmt wird; ginge doch auf diese Weise eine Veränderung der Bürgschaftsschuld vor sich, ohne dass damit eine Konzentration der Hauptschuld Hand in Hand ginge. Eine solche Deduktion würde auch die Sicherung des Gläubigers zu sehr vereiteln, als dass sie der Gesetzgeber ernstlich hätte meinen können.

Dass dem Bürgen neben dem Schuldner das Wahlrecht überhaupt nicht zustehen kann, dafür dürfte wohl der Grund in der auch heute noch praktischen l. 38, D. 46, 1 liegen: quia futurum esset in eius potestate alium velle quam reus voluisset. Verwickelungen wären auf diese Weise unausbleiblich.

Dies sind die Erwägungen, aus denen heraus fast alle, die sich mit dieser Frage beschäftigt haben, zur Verneinung des Ueberganges des Schuldnerwahlrechts auf den Bürgen gekommen sind. Der entgegengesetzten Ansicht ist nur Kremer.[1]) Seine Worte sind aber etwas dunkel gehalten:

„Allein man muss wegen der begrifflich notwendigen Gegenstandsidentität zwischen der Hauptschuld und der Nebenschuld noch mehr verlangen: dass die demnächstige Wahl des Bürgen auch tatsächlich auf das vom Hauptschuldner demnächst geschuldete Objekt fällt".

Man wird wohl Westerkamp[2]) recht geben müssen, wenn er glaubt, dass „Kremer mit seiner Anerkennung

---

[1]) Oertmann, Anm. 5 zu § 768; Müller-Meikel, § 178, S. 613 Matthias I, § 131; Kremer, S. 10.

[2]) Westerkamp, S. 379.

des Wahlrechts des Bürgen dessen Wahlrecht gleichzeitig verneint."

Anders ist die Sachlage bei der Frage, ob der Bürge das Recht habe, anstatt des Schuldners einen Gegenstand nach seiner Wahl zu leisten. Die Motive stellen auch dieses Recht in Abrede. Denn indem sie sagen, dass „die Annahme der einen von dem Bürgen bewirkten Leistung als Erfüllung wirken kann", wollen sie wohl indirekt damit hervorheben, dass der Gläubiger die Leistung des Bürgen nicht anzunehmen braucht, m. a. W., die Motive versagen also dem Bürgen das Recht, nach seiner Wahl einen Gegenstand zu leisten.

Aehnlicher Meinung ist Westerkamp:[1])

„Selbst durch Angebot der einen der wahlweise geschuldeten Leistungen kann der Bürge den Gläubiger nicht in Annahmeverzug setzen, denn auch dadurch würde noch unzulässig in des Gläubigers Rechtserwerbsaussichten eingegriffen. Diese bestehen nicht allein in der Möglichkeit, dass des Schuldners Wahl auf die andere Leistung fällt, sondern sie werden noch erheblich dadurch vermehrt, dass der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder die andere Leistung richten kann, wenn der Schuldner die Ausübung seines Wahlrechts unterlässt (§ 264 BGB.)."

Auch das Oberlandesgericht Stuttgart[2]) scheint derselben Ansicht zu huldigen. Denn indem es von dem Rechte des Bürgen, bei der Zahlung zu bestimmen, auf welche Schuld diese erfolge, nichts wissen will, verwirft es indirekt auch die Befugnis des Bürgen, durch Leistung die Wahl auszuüben, da sich für dieses Recht dieselben Gründe zur Rechtfertigung anführen lassen wie für das Bestimmungsrecht gemäss § 366 BGB. Diesen Ausführungen tritt jedoch Pringsheim[3]) aufs entschiedenste entgegen. Seine Gründe sind so stichhaltig, dass man

---

[1]) Westerkamp, S. 380.
[2]) Rechtspr. d. OLG. 16, 373.
[3]) Pringsheim, S. 20.

ihnen sich wohl nicht wird verschliessen können. Von dem Bestimmungsrecht des § 366 sei im folgenden abgesehen; dass der Standpunkt des OLG. Stuttgart unrichtig ist, hat bereits Pringsheim[1]) bewiesen.

Nur von dem Rechte des Bürgen, einen Gegenstand nach seiner Wahl zu leisten, sei hier die Rede.

An der Ansicht der Motive und Westerkamps ist nun gewiss soviel richtig, dass der Gläubiger vielleicht manchmal schlechter fortkommen wird, wenn der sachkundige Bürge das, was für ihn am günstigsten ist, leistet, als wenn der Schuldner das tut, der von der Sache nichts versteht. Aber abgesehen davon, dass der Gläubiger, indem er das Wahlrecht dem Schuldner einräumt, sich solcher Eventualitäten immer bewusst sein muss — denn schon, wenn ein Stellvertreter die Wahl vornimmt, kann er sich in eine solche Lage versetzt sehen, — auch abgesehen davon, dass es dem Gläubiger ganz recht geschieht, dass er ein schlechtes Geschäft macht, wenn er jemandem im Vertrauen auf dessen Geschäftsunkenntnis das Wahlrecht zugesteht, nur um in den Augen des anderen als vornehm zu erscheinen, also abgesehen von diesen Dingen erwäge man folgendes:

Für jede Schuld kann, falls nicht ausdrücklich ausgemacht oder stillschweigend aus dem Vertrage zu entnehmen ist, dass der Schuldner in Person leisten muss, gemäss § 267 BGB. jeder Dritte die Leistung bewirken und auf diese Weise den Schuldner befreien. Eine solche Leistung muss der Gläubiger annehmen, ausser wenn der Schuldner widerspricht; dann kann er sie zurückweisen, ohne wieder dazu verpflichtet zu sein. Wie für jede Schuld, so muss auch für eine alternative Schuld diese Art, die Schuld zu tilgen, möglich sein. Wie aber soll bei einer Alternativobligation die Befreiung nach § 267 anders erfolgen, als dadurch, dass der Dritte einen der Gegenstände leistet! Wollte man ihm dieses Recht absprechen, so würde das zu einer Einschränkung in der

[1]) Pringsheim, S. 13 ff.

Anwendung des § 267 bei einem Wahlschuldverhältnis führen, dieser käme sogar meistens gar nicht in Frage, und das wäre doch gewiss eine Ungerechtigkeit, für die kein annehmbarer Grund einzusehen ist.

Die meisten Schriftsteller haben denn auch daraus die richtige Folgerung gezogen und dem Dritten das Recht eingeräumt, nach seiner Wahl einen Gegenstand zu leisten.[1]) (s. S. 33.) Ich glaube auch, dass damit allen Interessen sehr gut gedient ist.

Der Schuldner wird durch die Leistung befreit; widerstreitet die Leistung aus irgend einem Grunde seinem Interesse, so kann er derselben widersprechen, dann ist der Gläubiger ermächtigt, die Leistung zurückzuweisen. Der Gläubiger kann zwar trotzdem die Leistung akzeptieren, dieser Eventualität ist aber der Schuldner immer bei der Leistung durch einen Dritten ausgesetzt. Dass er manchmal dadurch geschädigt wird, dass er nicht widersprechen kann, weil er von der Leistung des Dritten keine Kenntnis hat, ist gleichfalls keine Besonderheit bei einem Wahlschuldverhältnis.

Der Gläubiger andererseits, der durch die Leistung vielleicht das für ihn weniger günstige Objekt erhält, ist auch nicht übervorteilt; denn, wie schon oben erwähnt, ist der Grund dafür, dass er schlechter fortgekommen ist, nur in seiner Unbedachtsamkeit beim Vertragsschlusse zu suchen. Dass manchmal sogar im Gegenteil die Leistung durch einen Dritten für den Gläubiger von Interesse ist, da er sich auf diese Weise eine Klage und somit unnötige Kosten erspart, ist bereits oben erwähnt (s. S. 36).

Nehmen wir nun das aber als richtig an, dass jeder Dritte einen Gegenstand nach seiner Wahl leisten kann, so werden wir nicht umhin können, dieses Recht auch dem Bürgen zuzugestehen.

Gewiss ist der Bürge nicht Dritter im Sinne des § 267 BGB.; denn der Bürge hat eine eigene Verpflich-

---

[1]) Oertmann, Anm. 1 zu § 262; Pescatore, Wahlschuldverh., S. 173; Pringsheim, S. 21 u. a.

tung übernommen und tilgt, wenn er leistet, seine eigene Schuld.

Um so viel weniger aber wird man ihm m. E. das Recht, einen Gegenstand nach seiner Wahl leisten zu können, versagen dürfen. Denn wenn er sich verbürgt, so geht er damit eine eigene Verbindlichkeit auf A. oder B. ein, in dieser Schuld liegt aber von selbst die Befugnis nach seiner Wahl eine Leistung bewirken zu dürfen; das ist eben eine natürliche Folge der Tatsache, dass eine alternative Obligation begründet worden ist. Es ist auch sicherlich ganz falsch zu sagen: Als Bürge, d. h. wenn er seine eigene Schuld tilgt, kann der Bürge nicht die Wahl durch Leistung ausüben, als Dritter dagegen, d. h. wenn er die Hauptforderung als fremde tilgt und dies ausdrücklich betont, steht ihm dieses Recht gleichwohl zu.

Deshalb kann nicht bloss „die Annahme der einen von dem Bürgen bewirkten Leistung als Erfüllung wirken", wie die Motive sagen, nein, der Gläubiger muss m. E. die Leistung annehmen, um nicht in Annahmeverzug zu geraten. Zu welch sonderbaren Resultaten man kommt, will man der hier von mir im Text vertretenen Ansicht keine Folge leisten, gibt Westerkamp[1]) selbst zu. Denn nach ihm würde praktisch die ganze Bürgschaft darauf hinauslaufen, dass der Gläubiger die Wahl hat. „Legt der Bürge auf rasche und gütliche Erledigung Wert, so hat der Gläubiger dem Bürgen gegenüber tatsächlich immer die Wahl, auch wenn sonst der Schuldner wahlberechtigt ist." Nicht minder führen die anderen Konsequenzen zu grossen Ungerechtigkeiten.

„Den Gläubiger zur Vornahme der Wahl zwingen kann schliesslich der Bürge allein dadurch, dass er dem Gläubiger sämtliche wahlweise geschuldeten Leistungen anbietet. Ist das schon von höchster Ungunst für den Bürgen, so kommt noch weiter hinzu, dass der Bürge von dem Hauptschuldner nicht einmal Regress des von ihm Geleisteten verlangen kann, sondern dass auch jetzt noch

---

[1]) Westerkamp, S. 380.

dem Schuldner sein Wahlrecht erhalten ist und dass er es immer noch dem regressnehmenden Bürgen gegenüber ausüben kann."[1])

So weit lassen sich aus Westerkamps Meinung immerhin noch mögliche, wenn auch höchst ungerechte Resultate ziehen. Ganz ins Gedränge kommt Westerkamp jedoch in dem Falle, dass der Gläubiger, die ihm vom Bürgen angebotene Leistung annimmt, der Schuldner aber später den anderen Gegenstand wählt.

Dass hier der Bürge eine condictio und der Gläubiger einen Anspruch auf Leistung des vom Schuldner gewählten Gegenstandes, der doch gemäss § 263 Abs. 2 BGB. als von Anfang an allein geschuldet gilt, haben sollte, erscheint selbst Westerkamp als unwahrscheinlich.

Auf wie schwachen Füssen seine Theorie steht, gibt sich in seinem Vorschlage kund — er will offenbar hier den Motiven gerecht werden, die ja die Annahme seitens des Gläubigers als Erfüllung ansehen — „im Notfalle die Vereinbarung einer datio in solutum zwischen Gläubiger und Bürgen anzunehmen. Hat er doch im Vordersatz bereits die entgegengesetzte Meinung durch die Behauptung verteidigt, der Bürge könne, wenn er einen Gegenstand, den natürlich der Gläubiger angenommen haben muss, geleistet habe, keinen Regress nehmen, weil der Schuldner noch anders wählen könne; dies aber wäre ausgeschlossen, wenn die Leistung des Bürgen als Erfüllung gelte. Alle diese Spitzfindigkeiten sind mit einem Schlage gehoben, wenn man annimmt, der Bürge habe das Recht, anstatt des Schuldners nach seiner Wahl einen Gegenstand zu leisten. Und deshalb halte ich die zuerst hier im Text vertretene Ansicht für allein richtig.

So sehen wir, dass der Bürge, wenn dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, dieselben Rechte hat wie jeder Dritte: Leisten kann er einen Gegenstand nach seiner Wahl, das eigentliche Wahlrecht ist aber nicht auf ihn übergegangen, vielmehr allein beim Schuldner verblieben.

---

[1]) Westerkamp, S. 381.

Wir wollen schliesslich auch noch in Kürze das betrachten, was Westerkamp über den Uebergang des Gläubigerwahlrechts auf den Bürgen bemerkt.[1])

Geht zunächst das Wahlrecht gemäss § 264 Abs. 2 BGB. auf den Schuldner über, so hat der Bürge m. E. dieselben Rechte, wie wenn der Schuldner das Wahlrecht ursprünglich gehabt hätte.

Verbürgt sich der Bürge alternativ nach seiner Wahl für eine alternative Schuld mit Gläubigerwahlrecht, so gebe ich Westerkamp gern zu, dass man, wenn der Bürge zuerst wählt, für den Regress gegen den Hauptschuldner einfach sagen kann, der Gläubiger habe die Wahl des Bürgen zu der seinigen gemacht. Ich finde auch kein Argument, das gegen Westerkamps Meinung, der Bürge werde frei, wenn der Gläubiger früher als der Bürge oder den anderen Gegenstand wähle, spräche. In der Tat kommt dann die ganze Bürgschaft darauf hinaus, dass der Bürge die Wahl allein hat, und es ist auch ein ganz richtiger Gedanke, in dem Zugestehen des Wahlrechts an den Bürgen gewissermassen einen Verzicht auf dasselbe von seiten des Gläubigers zu sehen.

§ 12.

Wir kommen jetzt zu der Frage, ob das Wahlreicht des Gläubigers auf den Niessbraucher der Forderung übergeht.

Das älteste römische Recht kannte keinen Niessbrauch an Forderungen; noch Nerva leugnete, dass ein derartiger Niessbrauch möglich sei (l. 3 D. 7, 5), erst Proculus und Cassius kennen denselben. Eingeführt worden ist er durch ein namenloses Senatusconsult und ist seitdem allgemein anerkannt.

Im grossen und ganzen sind wir über den Niessbrauch an Forderungen nicht sehr ausführlich unterrichtet. Was insbesondere unsere Frage bezüglich des Wahlrechts an-

---

[1]) Westerkamp, S. 381, 382.

betrift, so ist überhaupt keine Kunde zu uns gedrungen, wie es in Rom in dieser Beziehung gehandhabt wurde. Wir wollen deshalb versuchen, aus den spärlichen Bestimmungen, die die Digesten über den Niessbrauch an einer Forderung enthalten, Schlüsse betreffs der Frage zu ziehen, wie die Römer wohl über den Uebergang des Wahlrechts auf den Niessbraucher gedacht haben werden.

Dabei will ich näher nur auf den Punkt eingehen, welche Rechte dem Niessbraucher einer Forderung überhaupt zustanden.[1])

Ueber diese Frage hat schon zur Zeit der Glossatoren Streit geherrscht. Azo behauptete, der Niessbraucher habe eine unbeschränkte Verfügungsgewalt gehabt. Accursius dagegen bestritt dies und stellte seinerseits die Ansicht auf, der Niessbraucher habe nur ein Recht gegen den Besteller ohne jedes selbständige Klagerecht gehabt. Dieser Streit hat bis in die neueste Zeit geherrscht.

Mühlenbruch[2]) z. B. will dem Niessbraucher nur den Zinsgenuss zugestehen, während er im übrigen nur als Vertreter und Verwalter befugt sei, die Forderung eventuell einzuklagen, Der Ansicht Mühlenbruchs ist ungefähr auch Stammler.[3])

Dagegen haben sich jedoch die meisten neueren Schriftsteller[4]) aufgelehnt und behauptet, der Niessbraucher

---

[1]) Nur nebenbei sei bemerkt, dass, was die juristische Konstruktion des Niessbrauchs an einer Forderung anbetrifft, sich drei Haupttheorien gegenüberstehen: 1. Die Theorie, die den Niessbrauch an Forderungen als ein dingliches Recht, ein Recht an den körperlichen Sachen ansieht (Rhode, Zielonacki), 2. die Theorie der Rechte an Rechten (Windscheid, Stammler), 3. die Theorie, welche in dem Niessbrauch an Forderungen ein Forderungsrecht gegen den Schuldner der Forderung sieht (Hanausek, Mansbach und die meisten anderen Schriftsteller).

[2]) Mühlenbruch, S. 498.

[3]) Stammler, S. 135.

[4]) Windscheid, § 206, Nr. 14; Mansbach, S. 73; Hanausek, Seite 93.

einer Forderung habe ein selbständiges ius exigendi gehabt.

Ich schliesse mich der letzteren Meinung an. Ueber die Gründe will ich mich kurz fassen:

Einmal ist für mich der Umstand massgebend, dass, wenn dem Niessbraucher nur der Zinsgenuss zustände, alle Forderungen, die nicht zinstragend sind, vom Niessbrauch ausgeschlossen gewesen wären. Von einer solchen Beschränkung ist uns aber nichts überliefert.

Für meine Auffassung spricht ferner l. 24, D. 33, 2, wo es heisst: . . . . sortes . . . . legatario dabuntur.

Es wäre doch aber sonderbar, wenn der Niessbraucher, hier der Legatar, zwar die Forderung erhalten sollte, ohne dass er die Berechtigung hätte, dieselbe geltend zu machen.

Auch führt die Ansicht, der Niessbraucher habe nur den Zinsgenuss gehabt, zu unpraktischen Konsequenzen.

Denn was soll geschehen, wenn die sofortige Einklagung der Forderung geboten erscheint, da der Besteller das Einklagungsrecht offenbar verloren, der Niessbraucher es aber nicht erlangt hat?

Was m. E. endlich entscheidend für die hier im Text vertretene Ansicht spricht, ist der Umstand, dass der Niessbraucher sogar für die Kapitalien der Forderung Kaution stellen musste. Das ist deutlich in l. 24, D. 33, 2 gesagt, wo es heisst, dass die vor Stellung der Kaution verfallenen Zinsen velut sortes in cautionem deduci necesse est. Ebenso heisst es in l. 1, D. 3, 33:

Si ususfructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est, quamvis cautionem a te prohibuerit exigi tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam senatus consulti cautione.

Die Leistung der Kaution wäre aber eine unbillige Zumutung gewesen, wollte man annehmen, der Niessbraucher habe nur den Zinsgenuss gehabt und hätte das Kapital nicht einklagen können.

Dies in grossen Zügen die Gründe für meine Ansicht.

Haben wir aber dieses Recht dem Niessbraucher zugestanden, so werden wir ihm auch das Wahlrecht nicht versagen können.

Zu dieser Ansicht führt mich vor allem die Erwägung, dass, wollte man dem Niessbraucher nicht auch zu wählen gestatten, jeder Niessbrauch an einer Alternativobligation zur Unmöglichkeit gemacht würde. Denn der Gläubiger würde dadurch, dass er selbst die Wahl nicht vornimmt, den Niessbraucher an der Einziehung verhindern und so den eigentlichen Zweck des Niessbrauchs vereiteln. Dieser Gesichtspunkt muss des Näheren noch bei Besprechung des Standpunktes des BGB. erörtert werden.

Gehen wir jetzt einen Schritt weiter.

Wir können nämlich ferner annehmen, dass, solange dem Niessbraucher das Einziehungsrecht zugestanden hat, der Besteller es während dieser Zeit nicht ausüben konnte.

Das könnte vielleicht bestritten werden.[1]) Man könnte sagen — und darin steckt ein richtiger Gedanke — der Besteller habe ja die Verfügungsgewalt über die Forderung nicht verloren, er könne dieselbe weiter zedieren oder verpfänden, deshalb müsse er auch weiterhin die Befugnis haben, die Forderung einzutreiben.

Dass diese Argumentation aber trozdem falsch ist, ergibt sich schon daraus, dass wenn man auch dem Besteller des Niessbrauchs das ius exigendi gibt, dieser selbst die Forderung einziehen und so dem Niessbraucher um den Genuss des Niesbrauchs bringen könnte.

Ferner stellt sich, da man fast durchgängig heute in dem Niessbrauch an einer Forderung ein Forderungsrecht gegen den Schuldner erblickt (vergl S. 53, Note 1), die Bestellung des Niessbrauchs als eine Art Zession[2]) dar, die nur insofern keine volle ist, als der Niessbraucher

---

[1]) Stammler leugnet dies, weil er ja überhaupt ein ius exigendi des Niessbrauchers nicht anerkennt.

[2]) Mansbach, S. 65.

nach Einklagung der Forderung nicht volles Eigentum erlangt, sondern nur ususfructus an unverbrauchbaren, quasi ususfructus, d. h. Eigentum mit der Verpflichtung Sachen gleicher Art zurückzuübertragen, an verbrauchbaren Sachen.

Wie aber der Zedent bei der Zession, so hat sich auch hier der Gläubiger bei der Bestellung seines Einziehungsrechtes zu Gunsten des Niessbrauchers begeben. Dies ist auch die herrschende Ansicht.[1])

Ich will die bisher gefundenen Resultate in Kürze zusammenfassen.

Wir haben gesehen, dass der Niessbraucher das Einziehungsrecht und in diesem inbegriffen auch das Wahlrecht gehabt hat; wir haben ferner festgestellt, dass der Gläubiger der Forderung das ius exigendi nicht mehr ausüben durfte. Sind aber diese Prämissen richtig, so können wir m. E. den weiteren Schluss daraus ziehen, dass, wie der Gläubiger das Einziehungsrecht bei Bestellung des Niessbrauchs verloren hat, er auch des Wahlrechts verlustig gegangen ist. Ich glaube, dass das die richtige und wohl auch zweckentsprechende Lösung der Frage ist.

Wieder ist es die Sicherung des Niessbrauchers, die den oben gemachten Schluss rechtfertigt. Denn stünde die Ausübung des Wahlrechts auch dem Niessbraucher zu, und zwar derart, dass die Wahl des einen den anderen binden würde, so könnte der Gläubiger den Niessbraucher dadurch erheblich benachteiligen, dass er rasch die für diesen ungünstigere Wahl trifft wenn ich auch zugeben will, dass das ius variandi in vielen Fällen einer Verschlechterung der Lage des Niessbrauchers vorbeugen würde. Trotzdem könnte noch häufig die Sicherung des Niessbrauchers illusorisch gemacht werden, und aus eben diesem Grunde kann ich mir nicht recht denken, dass auch noch der Gläubiger das Wahlrecht gehabt haben soll.

Ich glaube in obigen Ausführungen bewiesen zu haben, dass das Wahlrecht vom Gläubiger auf den Niess-

---

[1]) Hanausek, S. 165 u. a.

braucher im Römischen Recht sicherlich übergegangen ist, und zwar so, dass dessen Ausübung nur dem Niessbraucher gestattet war.

Wenn wir jetzt zur Besprechung des Standpunktes, den das BGB. eingenommen hat, übergehen, so müssen wir wie beim Bürgen so auch beim Niessbraucher erst aus anderen Gesetzesbestimmungen die Absicht des Gesetzes bezüglich des Ueberganges des Gläubigerwahlrechts herauszulesen versuchen, denn hier wie dort hat das Gesetz eine deutliche Bestimmung vermieden.

Das BGB. unterscheidet den Niessbrauch an einer Forderung im allgemeinen und den an einer verzinslichen Forderung im besonderen.

Was den Niessbrauch an einer unverzinslichen Forderung anbetrifft, so sagt § 1074:

„Der Niessbraucher einer Forderung ist zur Einziehung der Forderung, und wenn die Fälligkeit von einer Kündigung des Gläubigers abhängt, zur Kündigung berechtigt. — Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist er nicht berechtigt."

Die Motive[1]) sind der Ansicht, dass die Einziehungsbefugnis des Niessbrauchers auch das Wahlrecht mit umfasse. In der Kommission wurde diesen Ausführungen widersprochen und der Vorschlag gemacht, das Wahlrecht solle dem Gläubiger verbleiben.[2]) Eine bindende Entscheidung ist aber nicht erfolgt.

In der Tat ist die Beantwortung der Frage sehr schwer. Denn übt der Niessbraucher die Wahl aus, so tritt damit eine Veränderung des Schuldverhältnisses ein, da vorher beide Leistungen in obligatione waren, jetzt aber mit rückwirkender Kraft nur die gewählte Leistung als geschuldet gilt. Zu einer derartigen Verfügung ist aber der Niessbraucher eigentlich gemäss § 1074 Abs. 3 nicht befugt.

---

[1]) Mot. III, S. 545.
[2]) Prot. II, Bd. 3. S. 418.

Auch das ist nicht zu verkennen, dass die Ausübung des Wahlrechts seitens des Niessbrauchers oft zu nicht unterschätzenden Schädigungen des Gläubigers führen kann.

Und doch sind diese Ausführungen nicht als durchschlagend zu erachten. Die Gründe sind ähnliche wie die, die schon früher darauf hindeuteten, dass der Niessbraucher im Römischen Recht das Wahlrecht wohl gehabt haben wird.

Denn der Hauptinhalt der Rechte, die der Niessbraucher ausüben darf, liegt doch wohl darin, dass der Niessbraucher das Recht hat, die Forderung einzuziehen. Will er aber dieses Recht auch bei einer Alternativobligation ausüben, so muss er auch das Wahlrecht haben, denn sonst könnte dadurch, dass der Gläubiger von der Wahl nichts wissen will, ohne dass ihn der Niessbraucher zu ihrer Vornahme zwingen könnte, der Zweck des Niessbrauchs völlig zunichte werden. Und das kann zweifellos nicht die Absicht des Gesetzes sein. Aus diesen Erwägungen heraus haben auch fast alle, die sich mit der Frage beschäftigt haben, dem Niessbraucher das Wahlrecht gegeben.[1])

Der entgegengesetzten Ansicht ist nur Fuchs[2]), der als Beleg für seine Meinung ohne Angabe weiterer Gründe auf die Protokolle verweist. Dass diese aber keine Beweise erhalten, ist bereits oben erörtert.

Im übrigen kann ich dieselben Schlüsse wie oben ziehen (S. 56). Da nämlich der Niessbraucher nur allein das Einziehungsrecht hat,[3]) so ist wohl die Folgerung gerechtfertigt, dass auch nur ihm das Recht zu wählen zusteht. Insofern kann hier meines Erachtens von einem Uebergange des Wahlrechts vom Gläubiger auf den Niessbraucher gesprochen werden.

---

[1]) Planck, Anm. 1 zu § 1074; Biermann, Anm. 1c zu § 1074; Dernburg III, S. 565; Crome III, S. 440; Endemann II, 1, § 105, Anm. 25.

[2]) Fuchs, S. 327, Bem. 1 zu § 1074.

[3]) s. Fuchs, Bem. 1 zu § 1074, S. 327.

Der Fall, dass eine verzinsliche Wahlschuld Gegenstand eines Niessbrauchs sein wird, dürfte, wie Planck[1]) richtig hervorhebt, ziemlich selten sein. Er ist indessen z. B. dahin denkbar, dass die Rückzahlung entweder in Geld oder in Wertpapieren erfolgen soll.

Gemäss § 1077 kann der Schuldner nur an den Gläubiger und Niessbraucher gemeinschaftlich leisten, desgleichen kann jeder nur Hinterlegung für beide fordern, endlich beide nur gemeinschaftlich kündigen und nur an beide die Kündigung ergehen. Niessbraucher und Gläubiger sind also Mitgläubiger zur gesamten Hand. Da die Forderung nur beiden gemeinschaftlich zusteht, müssen sie auch beide gemeinschaftlich das Wahlrecht ausüben. Können sie sich nicht einigen, so kann die Wahl nicht erfolgen. Das ist allgemein anerkannt, auch von denjenigen, die für Gesamtschuldverhältnisse die Richtigkeit dieser Ansicht verneinen.[2])

§ 13.

Nach diesen ausführlichen Erörterungen über das Wahlrecht des Niessbrauchers können wir uns über den Uebergang des Wahlrechts vom Gläubiger auf den Pfandgläubiger kürzer fassen.

Auch das pignus nominis war dem ältesten Rechte unbekannt; es hat sich erst durch die Judikatur des Praetors entwickelt, die genaue Zeit ist uns ebensowenig bekannt wie beim ususfructus nominis. Nur so viel ist sicher, dass es bereits Pomponius gekannt hat. Was nun unsere Frage anbetrifft,[3]) so ist die Beantwortung insofern einfacher als

---

[1]) Planck, Anm. 3 zu § 1077.

[2]) Planck, Anm. 3 zu § 262, 2. Aufl.; Enneccerus I, S. 612; Crome II, 1, S. 92, 93, § 153; Oertmann, Anm. 3 zu § 263; Kaden, S. 24; F. Leonhard, S. 4; Marcus, S. 16; Dernburg II, 1, S. 106. Ebenso: Schollmeyer, Anm. 3 zu § 362; Litten, S. 133 ff.; Staudinger II, S. 93; Pescatore, Wahlsch., S. 205 ff. u. a,

[3]) Die juristischen Konstruktionsversuche will ich hier auch nur nebenbei erwähnen. Man unterscheidet: 1. Theorie des Rechts am

beim Niessbrauch, als das ius exigendi des Pfandgläubigers in den Quellen direkt erwähnt und deshalb auch nie bestritten worden ist. Ich verweise auf l. 18, D. 13, 7: Tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia . . . . tueatur (s. a. l. 20, D. 20, 1; l. 4, C. 8, 16 (17); l. 7, C. 4, 39).

Dass das ius exigendi auch das Wahlrecht umfasst haben wird, ist bereits oben gezeigt. Deshalb findet hier wie beim Niessbrauch ein Uebergang des Wahlrechts vom Gläubiger auf den Pfandgläubiger statt, da der Gläubiger diejenigen Rechte, die dem Pfandgläubiger zustehen, so lange dieser zu ihrer Ausübung berechtigt ist, nicht hat.[1])

Zu diesen Befugnissen gehört, wie oben bewiesen, sowohl das ius exigendi wie das Wahlrecht.

Voraussetzung dieses ius exigendi ist Fälligkeit beider Forderung.

Fraglich ist es deshalb, ob der Pfandgläubiger auch dann das ius exigendi gehabt hat, wenn die verpfändete Forderung früher fällig wird, als die gesicherte.

Wie Hellwig[2]) richtig nachgewiesen hat, ist es eine Interpretationsfrage, ob der Pfandgläubiger das ius exigendi haben solle oder nicht, m. E. wird es in diesem Falle für gewöhnlich weder der Gläubiger noch der Pfandgläubiger haben und der Schuldner wird, wenn er sich liberieren will, zur Deposition schreiten müssen.[3])

Die Annahme von Sintenis,[4]) dass der Pfandgläubiger in diesem Falle den Drittschuldner zwar durch Klage zur Zahlung nicht zwingen könne, dass dieser jedoch, wenn er freiwillig leiste, befreit werde, erscheint mir in keiner Beziehung richtig.

Recht (Windscheid, Sohm), 2. Zessionstheorien und zwar: a) Theorie der bedingten Zession (Mühlenbruch), b) der kooptierenden Zession (Hellwig, Lazarus), c) der beschränkten Zession (Mansbach, Hanausek u. a.).

[1]) Hellwig, S. 51, 59 u. 136.

[2]) Hellwig, S. 149.

[3]) Hanausek, S. 62.

[4]) Sintenis, Pfandr., S. 161.

Ist also die verpfändete Forderung früher fällig, als die gesicherte, so werden in der Regel Pfandgläubiger und Gläubiger das Wahlrecht gemeinsam ausüben müssen.

Nach dem BGB. gestalten sich die Rechte des Pfandgläubigers in ähnlicher Weise verschieden, je nachdem die gesicherte Forderung fällig ist oder nicht.

Im letzteren Falle besteht wieder eine Mitgläubigerschaft zur gesamten Hand, Pfandgläubiger und Gläubiger können nur Leistung an beide verlangen, folglich auch nur gemeinschaftlich wählen.

Man wird hier vielleicht entgegenhalten, dass gemäss § 1283 Abs. 1 nur der Gläubiger im allgemeinen zur Kündigung berechtigt ist und deshalb auch nur dieser in der Lage sei, zu wählen. Das ist wenigstens die Ansicht Plancks,[1]) der die Vorschriften über die Kündigung analog angewandt wissen will.

Dieser Einwand ist aber sicherlich nicht stichhaltig.

Denn man muss zwischen Wahl und Kündigung einen Unterschied machen. Die Wahl ist eine Verfügung, die eine Veränderung des Schuldverhältnisses herbeiführt, die Kündigung ist ein Akt, bei dem die Schuld dieselbe bleibt wie früher. Verfügungen wie Einziehung und Wahl, die den Umfang der Obligation verschieben, können nur von Gläubiger und Pfandgläubiger gemeinschaftlich ausgeübt werden, während das Gesetz die Ausübung derartiger Willensakte, wie Kündigung, die die Obligationen selbst nicht antasten, ohne Bedenken dem Gläubiger weiter gelassen hat. Deshalb ist die Bestimmung, dass der Gläubiger allein kündigen könne, eine Ausnahme, die weiter auszudehnen kein Grund vorliegt. Vielmehr ist es m. E. die Absicht des Gesetzes, dass alle Verfügungen, die eine Veränderung des Schuldverhältnisses mit sich bringen, nur vom Pfandgläubiger und Gläubiger vorgenommen werden, und dazu gehört auch das Wahlrecht.[2])

---

[1]) Planck, Anm. 3 zu § 1077.
[2]) Weigelin, S. 55, 57.

Nach Fälligkeit der gesicherten Forderung ist nach BGB. nur der Gläubiger befugt, die Forderung selbständig einzuziehen, folglich geht auf ihn allein das Wahlrecht über.

Dass der Gläubiger wie der Pfandgläubiger zur Kündigung berechtigt ist, tut nichts zur Sache.

Bestehen mehrere Pfandrecht an der Forderung, so kann analog dem § 1290 BGB. nur der prior creditor wählen.

§ 14.

Am Schlusse dieses Abschnittes sei auch noch des Pfändungspfandrechtes gedacht. Das Pfändungspfandrecht entsteht mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner; auf den Pfändungsbeschluss folgt dann der Ueberweisungsbeschluss.

Es bildet noch heute eine grosse Streitfrage, ob schon mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses oder erst mit der Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses der Gläubiger das Recht erhält, die Forderung einzuziehen.

Die Mehrzahl der Schriftsteller[1]) ist für die letztere Meinung. In diesem Sinne entscheidet auch das OLG. Kolmar:

„Die §§ 1281 und 1282 beziehen sich auf das vertragsmässige und gesetzmässige Pfandrecht, nicht auf die arrestweise Pfändung. Der Arrestbefehl und der Pfändungsbeschluss gewähren nicht die Befugnis zur Einziehung der Forderung, hierzu bedarf es einer förmlichen Ueberweisung der Forderung an den Pfändenden."[2])

Die Gegenmeinung sagt, der Gläubiger habe das Recht der Einziehung schon mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses erlangt. „Die Ueberweisung zur

---

[1]) Petersen-Anger, Anm. 4 zu § 835; Gaupp-Stein, zu § 829, Nr. 3, S. 612; Wilmowski-Levy, zu § 736; Seuffert, zu § 835, S. 506 u. 513; Struckmann-Koch, zu § 835; Weigelin, S. 35, 36.

[2]) J. Zeitschr. f. Els.-Lothr. 31, 35.

Einziehung hat lediglich die Bedeutung, die durch die Pfändung bereits begründete, aus dem Begriff des Pfandrechts notwendig folgende Befugnis zur Einziehung zu konstatieren: Sie hat keine rechtsbegründende, sondern nur deklarative Wirkung."[1]) — „Leistet er (der Drittschuldner), ohne dass der Gläubiger durch die Ueberweisung legitimiert ist, demselben Zahlung, so wird er nur dann befreit, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Ueberweisung hätte stattfinden können."

Aber schon Weigelin[2]) hat nachgewiesen, dass diese Auslegung auf einer Verkennung des Wortes „Pfandrecht" beruht.

„Der Fehler dieser Beweisführung liegt darin, dass unter Pfandrecht eine unabänderlich feststehende Reihe von Einzelbefugnissen verstanden wird. Der Begriff des Pfandrechts lässt es aber ganz offen, welche und wie viele Befugnisse des Pfandgläubigers er unter sich begreift. Es ist an sich möglich, dass sich dasselbe in einzelnen Befugnissen erschöpft oder dass es deren mehrere gibt, und die verschiedenen Einzelrechte können einen höchst mannigfaltigen Inhalt haben. Man fasst wegen der Einheit des Rechtsverhältnisses verschiedene Einzelbefugnisse pfandrechtlicher Natur unter dem Namen „Pfandrecht" zusammen; aber der Begriff des Pfandrechts als solcher gibt auf die Frage keine Antwort, welche Einzelrechte er enthält."

Diesen Ausführungen kann ich nur beipflichten.

Es ist deshalb damit, dass mit dem Pfändungsbeschluss ein Pfandrecht an der Forderung entsteht, noch lange nicht gesagt, dass darunter alle Befugnisse, die das BGB. in dem Namen „Pfandrecht" vereinigt, fallen müssten. Vielmehr kann das Einziehungsrecht nicht gemeint sein, da dieses nach ausdrücklicher Vorschrift erst mit der Ueberweisung entsteht und kein Grund für die Annahme vorliegt, dass die Ueberweisung nur deklarative Wirkung

---

[1]) Hellwig, S. 115; S. A. Ruhstratt, S. 470.
[2]) Weigelin, S. 35.

haben sollte. Nehmen wir die konstitutive Wirkung des Ueberweisungsbeschlusses als richtig an, so haben wir zwei Fragen zu beantworten:

1. Geht das Wahlrecht auf den Gläubiger mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner über?
2. Geht es mit der des Ueberweisungsbeschlusses über?

Die erste Frage mag mancher für müssig halten, denn es ist das Gewöhnliche, dass Pfändung und Ueberweisung gleichzeitig beantragt und vollzogen werden Das ist richtig; aber abgesehen davon, dass dies doch nicht immer der Fall zu sein braucht, ist es bei der arrestweisen Pfändung direkt unmöglich, und diese hat doch dieselbe Wirkung wie der Pfändungsbeschluss (§ 930 CPO). Die erste Frage ist dahin zu beantworten, dass wieder Gläubiger und Schuldner das Wahlrecht nur gemeinsam ausüben können.

Die Rechte des Gläubigers vor dem Ueberweisungsbeschluss sind nämlich ungefähr dieselben wie die des Pfandgläubigers vor Fälligkeit der gesicherten Forderung.[1])

Der Schuldner kann also die Forderung nicht mehr einz ehen, vielmehr nur Leistung an beide gemeinschaftlich verlangen. Infolgedessen können sie das Wahlrecht auch nur gemeinsam ausüben.

Weigelin[2]) gibt an dieser Stelle zwei Ratschläge, wie dem vorzubeugen sei, dass der Schuldner nicht dazu zu bringen ist, seine Zustimmung zur Wahl des Gläubigers zu geben, um diesen so zu verhindern, auf Leistung an beide zu klagen.

1. Soll der § 226 BGB. (das Chikaneverbot) zur Anwendung kommen. Aber schon Weigelin muss selbst einsehen, dass dieser Ausweg dem Gläubiger meistens nicht helfen wird Denn wie überhaupt in der Praxis der § 226 höchst selten einmal zur Anwendung gebracht werden kann, so werden auch hier die Fälle, in denen dieses

---

[1]) Gaupp-Stein, zu § 829; Weigelin, S. 50.
[2]) Weigelin, S. 57.

Mittel Hilfe bringt, so gut wie gar nicht vorkommen, denn die Chikane ist fast nie zu beweisen.

Der 2. Vorschlag knüpft unter gewisser Anlehnung an das Französische Recht an den § 844 ZPO. an[1]):

„Erwägt man nun, dass das Gericht bei vorhandener Schwierigkeit der Einziehung eine andere Art der Verwertung anordnen kann, als die regelmässig stattfindende Ueberweisung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt und ferner, dass es bezüglich der Art und Weise einer anderen Verwertung völlig freie Hand hat, so wird man den Satz verteidigen können, dass das Gericht auf Antrag befugt ist, auch eine andere Art der Sicherung einer Forderung als diejenige, welche das Gesetz sonst kennt, anzuordnen, bezw. die vom Gesetz bestimmten Formen, soweit sie nicht ausreichen, durch spezielle Anordnung dem Sicherungsbedürfnis im einzelnen Falle entsprechend zu gestalten. Hiernach ist das Gericht für befugt zu erachten, einem Vorschlag des Gläubigers betreffs Wahl des Leistungsinhaltes oder näherer Bestimmung desselben seine Zustimmung an Stelle des Schuldners zu geben oder etwa einen Vertreter aufzustellen, der mit Rücksicht auf die beiderseitigen Interessen eine solche Bestimmung trifft."

Wenn ich auch zugeben muss, dass dieser Vorschlag etwas gesucht ist, so wird man ihn doch im Notfalle, wenn der Schutz des Gläubigers es erheischt, anwenden müssen. Dies wird vielleicht öfter bei der arrestweisen Pfändung, die ja dieselben rechtlichen Verhältnisse wie der Pfändungsbeschluss zeitigt, von Nöten sein.

Der Ueberweisungsbeschluss gibt dann dem Gläubiger das alleinige Wahlrecht.

Bei der Ueberweisung an Zahlungsstatt ist das schon daraus ersichtlich, dass diese Art der Ueberweisung eine richterliche Zession darstellt, der Gläubiger also Zessionar ist. Für die Ueberweisung zur Einziehung ist dies auch nicht zu bezweifeln, da in dem Einziehungsrecht das Wahl-

---

[1]) Weigelin, S. 58.

recht enthalten ist. Ein Uebergang des Wahlrechtes findet hier also statt, da der Schuldner es verloren und der Gläubiger es erlangt hat.

§ 15.

Am Schlusse unserer Abhandlung haben wir noch eine Frage näher zu betrachten:

Kann das blosse Wahlrecht unabhängig von der Forderung im Wege einer Rechtsnachfolge übergehen?

Der erste, der diese Frage aufgeworfen hat, war Bernstein.[1]) Er bejahte sie, ohne Gründe anzugeben:

„Wir halten es aber für unpraktisch, uns hier eine Kasuistik und Rechtstheorie auszuspintisieren. Leben und Judikatur mögen hier erst die nötigen Vorarbeiten und den Nachweis des Bedürfnisses liefern."

Diese Vorarbeiten sind aber bis heute noch nicht erfolgt. Zwar haben sich seitdem schon manche mit der Frage beschäftigt[2]), sie haben aber immer nur ihre Meinung geäussert, ohne Gründe anzugeben. Die einzigen, die ihre Ansicht logisch aufbauen, sind Pescatore und Roh, und zwar kommen diese deshalb zur Verneinung unserer Frage, weil sie überhaupt das Vorhandensein eines Wahlrechtes leugnen. Dass das aber nicht angängig ist, ist schon oben bewiesen.

Völlig verfehlt aber ist es, eine Wahlrechtzession auf eine und dieselbe Stufe zu stellen mit der Zession des Rechtes, „30 Mark nach Belieben in drei 10-Markstücken, 10 Dreimarkstücken usw. zu zahlen, dieselben von rechts nach links, oder von links nach rechts aufzuzählen," wie Roh[3]) das tut.

Ebenso falsch ist es, wenn Pescatore[4]) behauptet, der Zessionar, dem das Wahlrecht abgetreten ist, würde

---

[1]) Bernstein, Ztschr. f. vergl. Rechtsw., S. 413.
[2]) Ryck, S. 233; Leo, S. 30; Marcus, S. 14; Chamizer, S. 14.
[3]) Roh, S. 19.
[4]) Pescatore, Wahlsch., S. 173.

keine andere Stellung wie ein Sellvertreter haben. Der Unterschied liegt m. E. darin, dass eine Vollmacht jederzeit widerruflich ist, während die Zession des Wahlrechts eine endgültige wäre. Ein weiterer Unterschied wäre also Folge davon der, dass fortan nur noch der Zessionar wählen könnte; jede Wahl des Zedenten würde ungültig sein, vorausgesetzt natürlich, das dem anderen Teile die Zession bekannt war (§ 407 BGB.). Selbst wenn der Zessionar sein Wahlrecht nicht ausübte, wäre der Zedent nicht mehr in der Lage, jetzt seinerseits zu wählen, wozu er, wenn der andere nur als Stellvertreter fungierte, sehr wohl berechtigt wäre (s. S. 15).

So müssig, wie Pescatore glaubt, ist also die Frage nach der Abtretbarkeit des blossen Wahlrechtes denn doch nicht, und wenn Roh schreibt: „Difficile est satiram non scribere", so ist dieser Spott gänzlich unbegründet.

An und für sich ist zunächst kein Grund vorhanden, eine Abtretung des Wahlrechtes allein in Abrede zu stellen. Gemäss § 398 in Verbindung mit § 413 BGB. können alle Forderungen wie Rechte zum Gegenstand einer Zession gemacht werden. Ferner kann man auch ohne Bedenken einen quantitativen Teil einer Forderung zedieren, z. B. bei einem Darlehn von 300 Mark den Anspruch auf 100 Mark.

Wie aber niemand auf den Gedanken kommen wird, die Uebertragbarkeit eines quantitativen Teiles zu verneinen, warum sollte nicht ebenso ein qualitativer Teil eines Rechtes, z. B. das Einziehungsrecht bei einer Forderung, das Wahlrecht etc. zediert werden können? Es ist zunächst kein Grund vorhanden, das Gegenteil anzunehmen.

Dass für das BGB. dieser Satz nicht als richtig anerkannt werden kann, hat seine Ursache in einer anderen Bestimmung: das Wahlrecht kann nämlich nicht gepfändet werden.

Nach § 857 ZPO. sind zwar alle Vermögensrechte pfändbar, doch:

„Von den Rechten zu trennen sind diejenigen Einzelbefugnisse, die nur im Rahmen eines bestimmten Rechtsverhältnisses stehen und die deshalb ohne dieses Recht selbst keinen Gegenstand selbständiger Pfändung bilden können. Dahin gehören das Anfechtungsrecht nach dem Anf.-Ges., das Recht einen Vertrag zu kündigen, das Recht eine Forderung abzutreten etc."[1])

Zu diesen Rechten hat das RG. auch z. B. das Einziehungsrecht gezählt:

„Für das geltende Bürgerliche und Prozessrecht[2]) ist grundsätzlich zu verneinen, dass ein Auftrag, die Forderung des Auftraggebers im eigenen Namen zur Leistung an den Auftraggeber einzuklagen, allein schon zureiche, eine Berechtigung des Beauftragten zur Klage im eigenen Namen zu begründen".

M. a. W. die Abtretung des blossen Einziehungsrechtes ist unstatthaft.

Derselben Meinung ist auch Caupp-Stein[3]) für das Einziehungsrecht des Pfändungspfandgläubigers:

„Das blosse Einziehungsrecht ist kein selbständiges Recht, sondern ein unselbständiger Teil des Pfandrechts, es kann daher ohne das Pfandrecht und, da auch dieses ohne die Forderung keine selbständige rechtliche Existenz hat, nicht ohne die Forderung gepfändet oder auf einen anderen übertragen werden".[4])

Deshalb hat auch das OLG. Karlsruhe Unrecht, wenn es sagt:[5])

„Eine Uebertragung der Rechte aus der Ueberweisung ist zulässig."

Und denselben Fehler, die Unselbständigkeit eines derartigen Rechtes zu übersehen, machen m. E. Petersen-Anger[6]), wenn sie sagen:

---

[1]) Caupp-Stein, zu § 857 I, 1.
[2]) J. W. 05, S. 718, Nr. 8.
[3]) Caupp-Stein, zu § 836.
[4]) S. a. B. f. Rechtspfl. im Bezirk d. KG., Bd. 17, S. 64.
[5]) R.-Spr. d. OLG. 16, 395.
[6]) Petersen-Anger, A. 4a zu § 835.

„Auch kann der Gläubiger die durch die Ueberweisung erworbenen Befugnisse auf andere Personen übertragen".

Ein solches unselbständiges Recht ist schliesslich auch sicherlich unser Wahlrecht.

Das sagen schon die Motive:[1])

„Die neuere Doktrin ist fast durchweg einverstanden, dass das Wahlrecht nicht ein für sich bestehendes Recht, sondern lediglich eine Eigenschaft (Qualität) der Forderung ist".

Es ist, wie Leo[2]) sagt, eine Modifikation des allgemeinen Schuldner- oder Gläubigerrechts, bei einer alternativen Obligation".

Aus diesem Grunde kann das Wahlrecht selbständig nicht gepfändet und gemäss § 400 und 413 auch nicht übertragen werden.

§ 16.

Fassen wir unsere obigen Ausführungen zusammen, so kommen wir für das BGB. zu folgendem Ergebnis:

1. Das Wahlrecht geht mit der Forderung auf Universal- wie Singularsuccessoren über.
2. Der Erfüllungsübernehmer hat das Wahlrecht dagegen nicht.
3. Einen Uebergang des Wahlrechts auf den Bürgen kennt das Gesetz nicht, doch hat dieser das Recht, nach seiner Wahl einen Gegenstand zu leisten.
4. Das Wahlrecht des Gläubigers geht auf den Niessbraucher einer unverzinslichen Forderung, auf den Pfandgläubiger nach Fälligkeit der gesicherten Forderung, sowie auf den Gläubiger nach Zustellung des Ueberweisungsabschlusses über.

---

[1]) Mot. V, S. 171.
[2]) Leo, S. 10.

5. Der Niessbraucher einer verzinslichen Forderung, der Pfandgläubiger vor Fälligkeit der gesicherten Forderung, sowie der Gläubiger nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses können das Wahlrecht nur in Gemeinschaft mit dem ursprünglichen Gläubiger der Forderung ausüben.

6. Selbständig kann das Wahlrecht ohne die Forderung im Wege der Rechtsnachfolge nicht übergehen.

Lebenslauf.

Als Sohn des Kaufmanns Joseph Engel und seiner Ehefrau Hedwig geb. Bloch bin ich am 2. Juli 1888 zu Breslau geboren. Ich bin mosaischer Religion. Von Michaelis 1894 bis Ostern 1907 besuchte ich das Elisabeth-Gymnasium zu Breslau, das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verliess. An der Universität zu Freiburg i. B. lag ich dem Studium der Medizin ob, wandte mich aber dann dem juristischen Studium zu, dem ich mich an den Universitäten zu Genf und Breslau widmete. Am 2. Juni 1910 bestand ich das Referendariatsexamen und am 17. Juni 1910 das Rigorosum. Augenblicklich bin ich als Referendar am Amtsgericht zu Namslau i. Schl. tätig.

Herrn Professor Dr. Schott sage ich für die freundlichen Winke, die er mir bei vorliegender Arbeit zuteil werden liess, meinen besten Dank.